This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

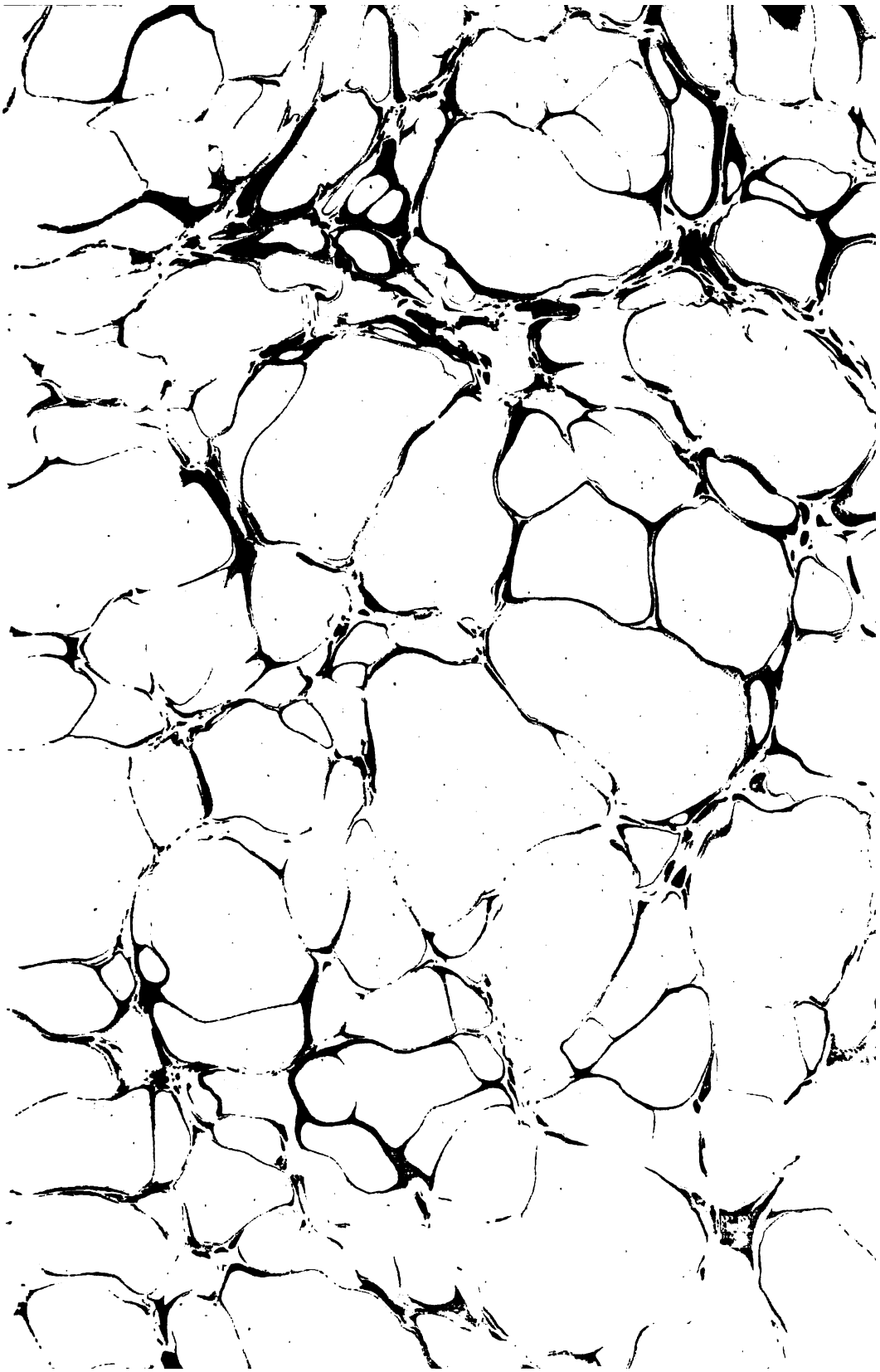
En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 263 299

195
10

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Nov. 28, 1900.



COURS

DE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

GENÈVE, IMPRIMERIE J.-G. FICK.

2990

COURS

DE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

SUIVANT

LES PRINCIPES CONSACRÉS PAR LE DROIT POSITIF FRANÇAIS

PAR

CHARLES Antoine BROCHER

Professeur de Droit civil et de Droit international privé à l'Université de Genève
et ancien magistrat.

TOME PREMIER

CORRESPONDANT AUX LIVRES I ET II ET AU TITRE 1er DU LIVRE III
DU CODE CIVIL FRANÇAIS.

PARIS
ERNEST THORIN
rue de Médicis, 7

GENÈVE
LIBRAIRIE H. GEORG
Même Maison à Bâle

1882

TOUS DROITS RÉSERVÉS

Rec. Nov. 28, 1900

PRÉFACE.

—

1. Origine de cette publication. — 2. Problème à résoudre. — 3. Aspects divers du sujet, doctrine spéculative et droit positif. — 4. Méthodes réclamées par les circonstances actuelles. — 5. Plan de ce traité. — 6. Utilité recherchée.

1. — L'ouvrage que nous entreprenons de publier remonte à une série d'articles, insérés dans la *Revue de droit international* de Gand, années 1871 et suivantes.

L'accueil bienveillant dont ces articles ont été l'objet, nous suggéra l'idée de les reproduire sous forme de livre, en leur faisant subir quelques modifications et quelques développements que nous avons annoncés par un changement de titre.

Cette publication, faite en 1876, est presque écoulée, et nous avons cru devoir en faire l'objet d'un nouveau travail dont voici les bases.

2. — La doctrine du droit international privé se propose, comme nous chercherons à le démontrer plus tard, de mettre en lumière et de réglementer la compétence respective des souverainetés diverses en matière de droit civil, commercial ou pénal.

3. — Ce sujet peut se présenter sous divers aspects qu'il faut éviter de confondre et sur lesquels nous voulons nous expliquer, avant tout.

1° On peut se placer sur le terrain d'un droit purement spéculatif et naturel, s'attacher à en manifester les éléments primordiaux, et rechercher quelle souveraineté se trouve le plus naturellement compétente pour régir chacun de ces derniers, dans les circonstances diverses au milieu desquelles il se produit.

La solution de ce premier problème doit être cherchée dans les principes abstraits d'un droit rationnel, dans les exigences qui en dérivent et dans la meilleure manière d'y satisfaire. Cette étude conduit à reconnaître l'existence d'une loi supérieure s'imposant aux souverainetés individuelles et mesurant à chacune d'elles la part qui lui incombe dans la tâche commune de la réalisation du droit.

2° Cette loi suprême n'est pas restée dans le domaine des abstractions : forte des exigences sociales sur lesquelles elle repose, et de l'autorité morale dont elle est revêtue, elle s'est produite comme droit positif.

Ce ne pouvait être, à l'origine, qu'une sorte de droit coutumier, caractère qui semble, d'ailleurs, être de sa nature, par suite de l'égalité et de l'indépendance originelles des souverainetés. C'est ainsi que les anciennes doctrines se sont formées : elles sont nées, spontanément, de convictions communes et plus ou moins générales. Une telle origine leur assure, bien certainement, le respect ; mais il ne faut pas oublier qu'elles du-

rent satisfaire aux exigences des nécessités pratiques et recevoir fortement l'empreinte du milieu social dans lequel elles se formaient. Ce milieu social n'existe plus qu'à l'état de vestiges; les conséquences qu'il a produites se trouvent fortement atteintes et doivent faire l'objet d'une transformation plus ou moins complète. Il faut rechercher, avant tout, sous quelle forme et dans quel sens ce changement doit s'opérer.

Quant à la forme, le droit purement coutumier semble avoir fait son temps : il est, de plus en plus, abandonné, dans le domaine du droit interne, parce qu'il ne peut satisfaire au besoin de clarté et de précision né des complications de notre développement moderne. La nature spéciale du droit international privé peut sembler rendre cette forme nécessaire, l'action législative individuelle paraissant insuffisante en ce qui le concerne; mais, d'autre part, c'est en cette matière qu'on a le plus besoin de s'exprimer avec la plus grande netteté, parce qu'il s'agit de règles dont l'autorité doit s'étendre et se faire reconnaître en des pays différents, ce qui les expose à être mal interprétées.

Des traités diplomatiques formulant et réglementant de telles règles, peuvent, bien certainement, être substitués, d'une manière avantageuse, à l'ancien droit coutumier avec lequel ils présentent, d'ailleurs, de grandes analogies : ils naissent, comme lui, de convictions ou tout au moins d'une volonté communes, reconnaissant le besoin de formuler une règle qui soit plus ou moins généralement respectée. A la base des traités, comme à

celle du droit coutumier, se trouve une doctrine leur servant d'origine et leur prêtant l'appui de sa force morale.

Ce mode de réglementation semble devoir se développer ; mais pendant longtemps, si ce n'est toujours, on y trouvera bien des lacunes, soit quant au nombre des Etats entre lesquels il interviendra, soit quant aux règles qu'il formulera. L'action législative de chaque souveraineté reste nécessaire dans une large mesure en cette matière. Il est vrai qu'elle ne saurait s'imposer ni aux puissances étrangères, ni à leurs fonctionnaires ; mais elle n'en est pas moins tenue de fixer les règles qui devront être suivies sur son territoire, et de les entourer de toute la publicité voulue, tant pour les étrangers que pour les nationaux. Quelles que soient ces règles, c'est déjà beaucoup d'en avoir connaissance. Il importe de savoir dans quels cas chaque Etat fera, sur son territoire, l'application de sa propre loi, dans quelles matières, dans quelles circonstances et à quelles conditions, il y reconnaîtra l'autorité des lois étrangères.

4. — Tel est l'état actuel de notre doctrine ; il faut rechercher, avant tout, si les transformations dont nous avons parlé ne réclament pas un changement de méthode.

Sous l'ancien droit, et de nos jours encore dans les pays régis par la coutume, la doctrine spéculative et le droit positif se trouvent, en quelque sorte, mélangés et confondus : la coutume naît, se développe et se transforme sous l'action d'idées provenant en partie de ce qui

existe et, en partie, de ce qui semble devoir exister. Il ne faut ni s'en étonner ni le regretter, la nature des choses y conduit : le droit coutumier resterait stationnaire s'il en était autrement ; il ne progresse que par une lutte intestine entre le présent et l'avenir. C'est ainsi que s'est formée la doctrine traditionnelle qui nous a été transmise par l'ancien droit : les règles nées de convictions communes devaient se modifier avec celles-ci; et, comme il s'agissait d'idées abstraites, tirées d'une étude plus ou moins approfondie des principes consacrés, la doctrine qui en résultait appartenait à ce qu'on appela, plus tard, droit des juristes.

Le développement qui s'est opéré dans l'action législative et diplomatique a eu pour résultat de distinguer plus nettement le droit positif et la doctrine spéculative. Ce que la loi a voulu doit être observé jusqu'à ce qu'elle manifeste une volonté différente. Les praticiens n'ont pas, comme tels, à juger cette volonté, ils doivent l'interpréter et lui obéir. Il en est de même au sujet des traités diplomatiques : les règles formulées par eux ne peuvent être modifiées que par un nouvel accord se prononçant dans un autre sens.

L'interprétation de ces documents de droit positif doit se faire d'après les règles ordinaires de cette science. On y voit prédominer les textes et tout ce qui s'y rattache plus ou moins directement. Les considérations purement spéculatives peuvent y être admises, en ce sens seulement que dans le doute la loi doit être supposée répondre aux exigences de la matière dont elle s'occupe et doit, en

conséquence, être interprétée de la manière qui satisfait le mieux à ces exigences (argument de l'art. 1158 du Code civil). Hâtons-nous d'ajouter qu'il faut, avant tout, s'arrêter au sens qui a dû paraître le plus naturel au législateur; c'est sa volonté qu'il s'agit de rechercher.

On ne peut invoquer l'histoire que comme moyen de mieux faire ressortir la vraie portée des textes.

Dégagée des liens qui l'unissaient au droit coutumier, la doctrine purement spéculative de nos jours peut se livrer plus librement à son œuvre. Elle ne doit négliger ni l'histoire, ni le droit positif; mais, ce ne sont là, pour elle, que des moyens d'instruction, ou qu'une matière sur laquelle elle se propose d'agir. Elle n'éprouve pas de scrupules parce qu'elle sait que son influence s'exerce indirectement, en passant par le contrôle de la législature, sans risquer de porter une atteinte illégale au droit positif, aussi longtemps qu'elle se renferme dans ses vraies attributions.

Bien que cette nouvelle et double manifestation du droit international privé, se réalise le plus naturellement dans les pays où l'action législative prédomine, elle n'est pas nécessairement étrangère aux pays de droit coutumier. Notre doctrine a, comme nous l'avons déjà dit, pour but principal, de fixer la compétence respective des règles admises par les souverainetés diverses. La circonstance qu'il s'agit de règles coutumières n'est pas un obstacle à ce qu'on fixe cette compétence. Il faut ajouter cependant que ces règles sont plus difficiles à reconnaître.

5. — Nous pouvons indiquer, maintenant, la marche que nous avons suivie dans nos études sur le droit international privé et celle que nous voulons suivre dans ce nouveau travail.

C'est une doctrine essentiellement spéculative que nous avons voulu présenter dans les articles publiés sous le nom de théorie de cette science. Nous l'avons laissée au premier rang, dans notre traité, tout en plaçant, en regard et sous des rubriques spéciales, les bases principales consacrées en cette matière par le droit français. Désirant mettre plus complètement en évidence, dans cette nouvelle publication, la distinction sur la nécessité de laquelle nous venons d'insister, nous croyons devoir séparer plus nettement les deux aspects de la doctrine dont nous entreprenons l'étude, en nous arrêtant principalement et presque exclusivement au droit positif français.

Dans la première partie de cette étude nous exposerons les règles se rapportant au droit civil et au droit commercial considérés quant au fond. Dans la seconde, il s'agira de procédure civile ou commerciale. Le droit pénal et la procédure s'y rapportant, feront l'objet de la troisième. Nous nous réservons de reprendre, plus tard, la partie purement spéculative de notre doctrine, si le temps et les circonstances le permettent.

6. — Si notre plan reçoit son exécution, ce sera, dans une certaine mesure tout au moins, un retournement du premier. Nous étudierons généralement les mêmes sujets, mais en nous plaçant à un autre point de vue. Ce

sera, croyons-nous, un genre de contrôle dont l'utilité ne nous paraît pas douteuse. Les idées émises en théorie purement spéculative sont exposées, par leur nature, à être plus ou moins vagues : elles ne peuvent que gagner en précision et en fermeté, quand on les place en face des faits et des textes du droit positif. Tant en vue de cet aspect nouveau, qu'eu égard aux plus grands développements qu'il doit recevoir et au plus grand nombre de questions qu'il doit aborder, ce travail peut être considéré comme étant plus qu'une nouvelle édition des précédents ; c'est pourquoi nous avons cru devoir lui donner un autre titre.

Nous devons ajouter que nous croyons être entré dans une voie nouvelle, par la manière dont nous avons traité le sujet dont il s'agit. Il a été question, plus haut, des changements de méthode réclamés par la prépondérance, de plus en plus grande, de l'action législative et diplomatique dans notre doctrine ; et, nous ne craignons pas de le dire : les auteurs qui ont écrit sous l'empire du Code civil, ne nous paraissent pas avoir suffisamment satisfait à de telles exigences. On se demande, fort souvent, en les lisant si c'est de doctrine spéculative ou de droit positif qu'il s'agit. La première a, croyons-nous, plus d'importance que jamais, puisqu'elle doit servir de base à l'action législative et diplomatique et qu'elle est le seul moyen de produire, dans les idées, l'unité nécessaire en cette matière ; mais il n'en reste pas moins vrai que pour interpréter l'œuvre de la loi ou de la diplomatie, les textes doivent, généralement, passer avant

tout. Telle est la voie que nous nous sommes efforcé de suivre. Les difficultés que nous y avons rencontrées semblent nous donner droit à l'indulgence, en même temps qu'elles appellent un scrupuleux contrôle.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT CIVIL ET DROIT COMMERCIAL

CONSIDÉRÉS QUANT AU FOND.

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

SECTION I.

BASES PUREMENT SPÉCULATIVES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

7. Convenance d'aborder ce sujet. — 8. Problème à résoudre. — 9. Motifs de décisions. — 10. Moyens d'agir. — 11. Place occupée dans le système général du droit. — 12. Résumé.

7. — Bien que le droit positif français doive être l'objet principal de cette étude, il paraît nécessaire d'exposer, en quelques mots, les considérations purement spéculatives servant de bases à ce genre de questions.

Les idées et les faits ne peuvent rester complètement étrangers les uns aux autres.

Les seconds ont généralement leurs causes originelles dans les premières que, bien souvent, ils représentent

d'une manière plus ou moins exacte ; d'autres fois, ils agissent sur elles pour les rectifier ou les transformer. Il en résulte une action et une réaction nécessaires entre ces deux espèces de manifestations. Celles-ci peuvent, dans bien des cas, s'interpréter les unes par les autres et l'étude des unes profite à celle des autres. Il faut, en conséquence, nous demander ce que c'est que le droit international privé, quel problème il s'efforce de résoudre, sur quelles bases spéculatives il s'appuie, par quels moyens il peut se faire respecter et quelle place il occupe dans le système général du droit.

8. — Nous avons déjà dit qu'il s'agit ici d'une question de compétence ; voici dans quels termes elle se pose :

Si l'on porte ses regards sur le monde extérieur, on y trouve un nombre considérable de souverainetés dont chacune agit sur un territoire déterminé, de manière à en faire le centre et la base d'une législation, d'une juridiction et d'une administration spéciales constituant ce qu'on appelle un Etat.

C'est sur un sol ainsi morcelé que la vie sociale et juridique se produit. Bien certainement le développement de cette activité serait fort gêné, si chacun des éléments dont elle se compose devait se restreindre dans un de ces compartiments nommés Etats, s'il ne trouvait pas la protection nécessaire en dehors du territoire sur lequel il a pris naissance. Il y a là un besoin qu'on s'accorde généralement à reconnaître, et qui se fait de plus en plus vivement sentir : il faut que, dans la mesure de ce

qui est possible, chaque personne ait la faculté de se mouvoir sur le vaste échiquier du monde, avec la même liberté et la même sécurité, que si elle renfermait son activité dans les limites d'un seul et même Etat ; il faut, pour cela, que les droits acquis par elle soient maintenus et sauvegardés, quel que soit le pays où ils se produisent et demandent protection.

9. — C'est dans ces termes que la règle se présente assez généralement : elle peut même apparaître comme constituant un axiome indiscutable; mais elle n'en soulève pas moins une question dont la solution préalable s'impose nécessairement à l'esprit : qu'est-ce que ce droit acquis, aux exigences duquel il faut satisfaire ?

Tout droit naît de la combinaison d'un fait et d'une loi. Le fait est fourni, dans chaque cas donné, par les circonstances, il faut le prendre tel qu'il se produit ; reste à savoir par quelle loi ce fait doit être régi. La difficulté revient donc, comme nous le disions, à une question de compétence internationale : on doit se demander laquelle des législations, entre lesquelles le doute peut s'élever, paraît appelée, préférablement aux autres, à régir le fait créateur du droit. Le problème se présente sous deux aspects différents, dont chacun réclame un procédé spécial : il faut consulter les textes s'il s'agit de droit positif, et la nature des choses s'il s'agit d'un droit purement spéculatif.

C'est à ce dernier point de vue que nous devons nous placer ici, pour rechercher quels sont les éléments constitutifs de cette compétence naturelle.

La question revient à se demander sous l'empire de quelle législation ou, plus exactement, sous l'empire de quelle souveraineté, le droit mis en question a dû, le plus naturellement, se former ; cela conduit à chercher quelle souveraineté paraît le plus naturellement appelée à réglementer le rapport social auquel ce droit se rattache. Trois grands problèmes se présentent ici :

Qu'est-ce que le droit?

Qu'est-ce que la souveraineté ?

Quels liens naturels existe-t-il entre ces deux idées?

Le mot droit se prend dans deux sens différents. Il désigne, quelquefois, tout un ensemble de dispositions réglementant les rapports sociaux ; c'est ce qu'on appelle droit objectif. Ces règles ont, en effet, une existence extérieure se produisant dans le monde des choses et pouvant, dans une certaine limite, se suffire à elle-même. Elles ont pour conséquence naturelle d'agir sur les personnes, d'accorder aux unes certains pouvoirs ou certaines libertés, tout en imposant aux autres certaines charges ou certaines obligations; c'est ce qu'on entend, généralement, en parlant de droit subjectif. C'est le droit s'incarnant, en quelque sorte, dans les personnes, et produisant les effets auxquels il est destiné. Il apparaît comme but auquel on se propose d'atteindre en recourant aux règles mentionnées plus haut.

Ces règles objectives émanent de la souveraineté de chaque Etat ; elles présentent une grande variété et c'est leur compétence respective qui fait l'objet de notre doc-

trine. La tâche qui incombe à celle-ci consiste à mettre l'harmonie dans l'exercice simultané de ces pouvoirs divers.

Demandons-nous, maintenant, ce que sont les pouvoirs dont il s'agit : sont-ils véritablement souverains, dans ce sens qu'ils ne soient dominés par aucune règle supérieure, et qu'ils n'aient pas d'autre guide que leur volonté ?

S'il fallait répondre affirmativement, le problème qui s'impose à nous se réduirait à des considérations d'intérêt bien entendu, dont la base se trouverait dans un principe de réciprocité plus ou moins assurée ; mais, comme chacun reste juge de son intérêt, il serait impossible de s'appuyer sur une règle supérieure s'imposant avec une véritable autorité. De fausses doctrines n'ont que trop longtemps soutenu ce système, qui trouvait d'ailleurs un puissant appui dans le régime féodal et dans les vestiges qu'il a laissés. Hâtons-nous d'ajouter que ces doctrines et ce système sont fortement battus en brèche et qu'on peut espérer le triomphe définitif d'idées plus vraies, plus saines et seules capables de fournir la base recherchée.

Si les souverainetés se manifestent par le pouvoir qu'elles déploient, ce n'est pas là qu'il faut chercher le principe rationnel et justificatif de leur existence : elles n'ont le droit d'être qu'en vue de la tâche qui leur incombe, celle de réglementer la vie sociale en y faisant régner l'ordre et la liberté nécessaires à leur développement normal. C'est là que se trouve la véritable raison

de leur pouvoir ; elles ne peuvent s'appuyer que sur la force si elles renoncent à cette base, et la force n'est pas un droit.

Nous pouvons, maintenant, énoncer avec plus de précision la définition que nous avons donnée de la compétence internationale. Ce n'est pas d'après un intérêt égoïste, mais d'après les exigences du droit et d'une bonne administration de la justice, que cette compétence doit être fixée : sera naturellement compétente, dans chaque cas, la souveraineté la mieux placée pour satisfaire à de telles exigences. Tel est le principe qui s'impose comme règle supérieure ; il faut rechercher de quels développements il est susceptible au point de vue pratique.

Une souveraineté peut être appelée à régir tel rapport de droit, soit parce que les personnes qui s'y trouvent impliquées se rattachent à elle par les liens de la patrie, du domicile ou de la résidence, soit parce qu'il s'y agit de choses qui sont situées ou de faits qui se sont réalisés, ou doivent se réaliser sur son territoire. On ramène, assez généralement, ces divers éléments à deux chefs principaux constituant une compétence personnelle ou une compétence territoriale, suivant qu'on y voit prédominer l'influence de l'un ou de l'autre de ces deux genres de liens. Ce sont là deux pôles entre lesquels on voit osciller tant les doctrines du droit naturel ou coutumier que les textes des législations positives.

Bien des controverses se sont élevées et subsistent encore en ces matières considérées au point de vue pure-

ment spéculatif qui doit seul nous occuper ici. Ne pouvant avoir la prétention de les résoudre en quelques mots, nous devons nous contenter d'indiquer les principales : Est-ce par la loi de la patrie ou par celle du domicile que doit être régi tout ce qui tient à l'état et à la capacité des personnes ? Le droit de succession héréditaire ne dérive-t-il pas des liens de famille ; ne devrait-il pas, en conséquence, être régi par la même loi que l'état des personnes ? Les donations et les testaments ne se rattachent-ils pas au droit de succession légale auquel ils ont pour but de déroger ; ne doivent-ils pas être soumis à la même loi ? La forme et la substance des actes instrumentaires doivent-elles être soumises à la loi du lieu où ces actes interviennent, ou à celle de la situation des choses auxquelles ils se rapportent, ou à celle qui régit les personnes s'y trouvant impliquées ?

Nous ne pousserons pas cette énumération plus loin, ce que nous avons dit suffit pour démontrer qu'il y a là matière à toute une doctrine difficile, mais reposant sur des bases solides.

La loi compétente pour réglementer tel droit au moment de sa formation, le marque de son empreinte et doit être, en principe, reconnue comme base dans quelque pays qu'on réclame la réalisation de ce droit. Cette conséquence naturelle d'une compétence internationale est seule capable d'assurer à la vie sociale et juridique la solidité et la sécurité qui sont nécessaires à son plein développement.

Ce que nous avons dit se rapporte au fond du droit ;

des questions analogues peuvent s'élever au sujet de la procédure. La nature des choses fait prédominer ici l'élément territorial ; on peut, toutefois, se demander si la compétence quant au fond ne doit pas entraîner, dans certains cas, la compétence judiciaire. L'unité recherchée quant à l'état et à la capacité des personnes ne serait-elle pas compromise si la seule loi compétente en cette matière pouvait être interprétée et appliquée par des juges étrangers ; ne peut-on pas craindre qu'ils n'en aient pas une suffisante connaissance, ou qu'elle ne leur inspire une sorte d'antipathie ?

C'est un sujet que nous devons nous contenter d'indiquer ici. La solution des difficultés qu'il soulève repose sur des bases plus ou moins solides, comme nous le verrons plus tard.

Il ne suffit pas d'ériger en doctrine un certain nombre de propositions plus ou moins certainement justifiées, il faut encore se demander où l'on trouvera la force nécessaire pour en exiger et pour en obtenir l'application comme règles de droit : toutes les souverainetés ne sont-elles pas égales les unes aux autres, est-il possible d'imposer aux unes l'obligation de faire respecter des lois promulguées par les autres ?

Cette objection pouvait sembler puissante, aussi longtemps qu'on se figurait les souverainetés comme des pouvoirs dégagés de toute obligation. Il n'était possible d'y répondre autrement qu'en se livrant à des considérations d'intérêt bien entendu. Nous inclinons à penser que, même sur ce terrain, l'on pouvait trouver de solides

arguments à invoquer. Les nouvelles doctrines qui se sont formées quant à la souveraineté sont venues y ajouter la force morale dont elles sont revêtues.

Cette force morale agissant dans le même sens que l'intérêt bien entendu, s'appuie sur des exigences sociales de plus en plus reconnues et ne peut manquer d'agir sur l'opinion publique dont la puissance va toujours en grandissant. L'Etat qui refuserait de se prêter à cette harmonie généralement jugée nécessaire, ne tarderait pas à devoir rentrer dans la voie communément suivie. Ce sont là des moyens de coercition qui ne sont pas sans valeur ; il est, d'ailleurs, facile d'en augmenter la force en recourant à des traités diplomatiques.

10. — Les mots droit international privé par lesquels on désigne, généralement, notre doctrine font assez bien connaître la nature des questions dont elle cherche la solution et la place qu'elle occupe dans l'ensemble du système social.

Le droit qu'elle recherche est, à la fois, international et privé. Il est international en ce sens qu'il établit des règles s'imposant à des souverainetés d'ailleurs indépendantes les unes des autres ; il est droit privé, dans ce sens que ce n'est pas aux souverainetés elles-mêmes, considérées comme telles, mais bien aux simples particuliers, leurs ressortissants, que ces règles s'appliquent. C'est ainsi, par exemple, que la règle d'après laquelle l'état et la capacité des personnes doivent rester soumis à la loi de la patrie, s'adresse bien, indirectement, aux souverainetés étrangères, en ce sens qu'elles doivent veiller à ce

que ce principe soit respecté sur leurs territoires; mais les intérêts dont il s'agit le plus directement n'en sont pas moins, avant tout, des intérêts privés.

C'est dans l'intérêt de leurs ressortissants et en vertu des obligations qui leur incombent à cet égard, en vue d'une bonne justice, que les souverainetés s'y trouvent impliquées. C'est à de simples particuliers que la demande s'adresse; c'est le plus souvent par voie judiciaire et non par voie diplomatique qu'on procède.

Il s'agit, pour les souverainetés, de l'accomplissement d'un devoir commun, plus que de celui d'un acte de puissance indépendante. Les questions d'amour-propre ou d'honneur national se trouvent d'ailleurs plus facilement évitées, par la circonstance qu'il s'agit principalement d'un intérêt mixte ou neutre, laissant de côté des susceptibilités malheureusement entretenues par les anciennes traditions.

Il y a là, bien certainement, un avantage du droit international privé sur le droit international public. Ce dernier met, fort souvent, les souverainetés directement en présence comme puissances. C'est de leurs droits réciproques plus que de ceux de leurs ressortissants qu'il s'y agit principalement; ce sont elles qui sont directement en cause; les demandes s'adressent à elles-mêmes; c'est par voie diplomatique et non par voie judiciaire qu'on procède; les passions s'y trouvent plus facilement surexcitées et les causes de rupture ou de représailles y sont plus fréquentes.

Nous n'hésitons pas à voir une seconde cause de

supériorité pour le droit international privé dans la circonstance qu'il repose sur une base plus clairement démontrée et plus facile à développer. Cette compétence recherchée comme base résulte des exigences d'une bonne justice, et celles-ci naissent elles-mêmes de rapports sociaux qui, bien souvent, sont élémentaires et faciles à reconnaître.

On se trouve dans un tout autre milieu quand il s'agit de droit international public : on y cherche bien souvent en vain, nous semble-t-il, quelque point d'appui solide pouvant se prêter à des développements scientifiques. C'est par un adoucissement général des mœurs plus que par des procédés rigoureusement doctrinaux, que les progrès s'y opèrent [1].

Il résulte de ce qui précède que le champ du droit international privé doit, autant que possible, être étendu plutôt que resserré dans ses rapports avec le droit international public, puisqu'il offre plus de sécurité et plus de solidité. Ceci nous conduit à rechercher quel peut en être le domaine naturel.

On doit, semble-t-il, y faire rentrer, sans hésitation, ce qui se rapporte au droit civil et commercial ; mais des doutes peuvent s'élever au sujet du droit pénal : ce sujet n'est-il pas trop profondément empreint d'ordre public, pour qu'il soit possible de le classer dans une telle catégorie ?

[1] *Revue des deux Mondes*, N° du 15 janvier 1882, article de M. Desjardin.

Il faudra, bien certainement, tenir compte de cette circonstance, dans les dispositions internes de la doctrine ; mais celle-ci n'en est pas moins dépourvue des caractères essentiels au droit international public. C'est contre des individus que ce genre d'actions s'exerce ; c'est généralement par voie judiciaire et non par voie diplomatique qu'on agit, sauf en ce qui a trait aux commissions rogatoires, qui appartiennent à la procédure plus qu'au fond du droit.

11. — Nous ne saurions terminer cet exposé succinct des bases spéculatives de notre doctrine, sans ajouter quelques mots sur un sujet dont nous aurons beaucoup à nous occuper plus tard.

Dans le développement interne de la vie juridique et sociale d'un même Etat, on désigne par les mots dispositions d'ordre public, certaines règles que la loi place au-dessus de toute atteinte provenant de la volonté individuelle. Ce sont des règles pour lesquelles d'impérieuses exigences sociales réclament un respect absolu. Bien qu'elles puissent ordonner d'agir aussi bien que de s'en abstenir, c'est sous un aspect négatif et restrictif, qu'elles se présentent le plus naturellement à l'esprit, parce que le trait le plus caractéristique de leur nature semble être d'imposer des bornes à la liberté individuelle qui se manifeste par l'action plus que par le repos. La loi n'en fait pas moins de l'ordre public en exigeant l'action de la volonté individuelle.

Il se passe quelque chose de plus ou moins analogue dans la vie internationale ; il s'y présente, pour cha-

que Etat, des règles qui lui apparaissent comme tellement impératives qu'il doit en exiger l'observation absolue. Encore ici, l'on trouve les deux aspects mentionnés plus haut, et c'est le côté négatif qui semble frapper le plus naturellement l'esprit, parce que son action paraît plus particulièrement se révéler en imposant des limites à l'extension extraterritoriale des lois étrangères, dans les cas où cette extension serait admise en circonstances ordinaires.

L'on trouve aussi, dans la vie internationale, des règles tellement absolues, que chaque souveraineté doit se considérer comme tenue non seulement d'en réclamer directement le respect sur son territoire, mais encore d'écarter toute influence étrangère qui pourrait agir dans un sens contraire.

Cette conception n'est pas inexacte d'une manière absolue ; mais, elle n'en est pas moins trop étroite et, par cela même, plus ou moins dangereuse. Ce n'est pas seulement comme motif de restreindre l'application des règles ordinaires que l'ordre public agit dans notre doctrine, il la domine dès la base jusqu'au sommet : il la marque tout entière de son empreinte.

C'est par des considérations d'ordre public, appuyées sur de puissantes nécessités sociales, que l'état et la capacité des personnes doivent, en principe, rester soumis en tout pays à la loi du domicile ou à celle de la patrie, suivant le système auquel on s'arrête. De semblables considérations font admettre que la validité des actes instrumentaires, quant aux formes extérieures, doit, généra-

lement, être appréciée suivant la loi du lieu où ces actes sont intervenus.

Le même genre de motifs conduit à repousser l'application de principes généralement consacrés en vue des circonstances ordinaires, quand cette application conduirait à prêter main forte à des maximes ou à des faits qui paraissent devoir être repoussés d'une manière absolue, soit parce qu'ils portent atteinte aux droits et aux intérêts que l'Etat doit protéger, soit parce qu'ils sont contraires à quelque principe d'un ordre supérieur, s'ils reposent, par exemple, sur l'esclavage, la mort civile ou telle autre institution condamnée sur le territoire.

L'ordre public se montre bien ici sous son double aspect : il doit être consulté soit pour consacrer, soit pour limiter les règles du droit international privé ; ce n'est pas se faire une idée suffisante de son importance que de ne le considérer que sous son aspect négatif.

Résumé.

12. — Ce que nous avions à dire au sujet des bases du droit international privé peut se ramener à une série de propositions s'énonçant de la manière suivante :

1° Le droit civil commercial et pénal se réalise et se développe sous l'action combinée de souverainetés diverses.

2° Chacune des souverainetés participant à cette œuvre commune, doit y prendre la part que les nécessités

sociales, et les exigences du droit, paraissent lui assigner.

3° Cette compétence spéciale doit s'apprécier par une étude attentive de chacun des trois principaux éléments de la vie sociale, les personnes, les biens et les faits juridiques.

4° Ces éléments se rattachent et se trouvent soumis à chaque souveraineté, par deux genres de liens : ceux de la patrie et ceux du territoire.

5° Notre doctrine est chargée de pourvoir au développement harmonique de ces bases diverses.

Nous dirons, pour nous résumer, que le droit international privé peut être considéré comme étant la loi des lois. Il les domine dans leur ensemble, étend ou resserre le champ d'activité qu'il assigne à chacune d'elles, pour les contraindre à combiner leur action dans le but de tendre, en commun, à la réalisation du droit. Il s'appuie sur un vif sentiment des exigences sociales combinées avec les droits de la conscience. Ce dernier élément se manifeste dans l'une des branches de l'ordre public restrictif : aucun Etat ne peut être tenu de favoriser, sur son territoire, l'extension de lois étrangères qu'il réprouve.

SECTION II.

NOTICE HISTORIQUE.

13. Nécessité d'une telle notice. — 14. Division du sujet.

13. — Le plan que nous avons adopté nous impose, plus que tout autre, l'obligation de débuter par quelques données historiques. C'est le seul moyen de constater les rapports qui ont existé entre le présent et le passé de notre doctrine. Il faut rechercher quels ont été les antécédents du droit actuel et quelles traces ils y ont laissées ; cela nous en fera mieux connaître le véritable sens.

14. — Nous traiterons, successivement et dans autant de chapitres distincts, du droit romain, de l'invasion et du régime des lois personnelles, de la féodalité et de la vieille doctrine des statuts, des établissements extra-continentaux de la France.

CHAPITRE PREMIER.

Droit romain.

15. L'antiquité, sauf le droit romain, présente peu d'importance pour notre doctrine. — 16. Division des habitants libres en trois classes. — 17. Droit civil et droit des gens. — 18. Domicile et bourgeoisie — 19. Influence indirecte.

15. — L'organisation sociale et les idées qui prévalaient dans l'antiquité, différaient beaucoup de celles dont le développement semble devoir servir de base au droit international privé des temps modernes.

Nous ne devons y chercher ni des modèles à suivre avec confiance, ni des antécédents bien directs à constater. Il serait, toutefois, impossible de ne pas se préoccuper du droit romain dont l'influence se manifeste, avec tant d'évidence, dans le monde moderne. Cette influence fut telle qu'on doit s'attendre à en retrouver les traces dans notre doctrine. Bien que celle-ci soit née dans un milieu fort différent, elle ne pouvait se soustraire à la puissante action des idées et des principes qui présidèrent à son premier développement. Ces idées, qui marquèrent profondément le droit interne de leur empreinte, devaient se retrouver, plus ou moins apparentes, dans le droit international privé. La compétence internationale reçoit nécessairement l'influence des conceptions que l'on se forme quant au fond du droit.

Les Romains ne purent pas échapper complètement aux exigences du droit international tant privé que public ; mais ils devaient résoudre ces problèmes à leur manière, et sous l'influence de la position spéciale que l'histoire leur avait faite.

Quant au droit international public, les rapports extérieurs des peuples considérés comme souverains, s'exerçaient par l'intermédiaire d'une magistrature sacerdotale, celle des féciaux, dont l'influence effective prête plus ou moins au doute. Une chose paraît certaine : ces fonctionnaires étaient spécialement chargés de veiller au strict accomplissement des formalités et des cérémonies, dont l'observation était jugée nécessaire pour se rendre les Dieux propices et procéder avec loyauté ; mais on peut hésiter sur leur influence quant aux décisions à prendre[1].

Quant au droit civil, il était naturel qu'on prît quelques mesures pour faciliter et pour hâter la solution des difficultés que les événements de la guerre et de la conquête provoquaient entre ressortissants de nations différentes. Mais on ne possède, à cet égard, que des données insuffisantes, sur l'importance et l'authenticité desquelles les savants diffèrent. Ce sont là des curiosités historiques se rapportant à des faits d'une bien faible importance sur le développement de notre doctrine[2].

[1] Voir Puchta, *Institutionen*, t. I, § 83 ; Rudorff, *Rœmische Rechtsgeschichte*, t. I, p. 3 et 102 ; Laurent, *Droit civil international*, t. I, p. 135 ; Marquardt, *Rœmische Staatsverwaltung*, t. III, p. 398.

[2] Voir Rudorff, *R. R. G.*, t. I, p. 219 ; Puchta, *Institut.*, t. I,

On trouve même des cas où il semble s'agir de conflits ou combinaisons intervenant entre droits locaux; mais tout cela provoque le doute et la controverse : il serait difficile d'en faire ressortir un système présentant quelque ressemblance avec notre doctrine actuelle[1].

16. — Il faut en dire autant de la division des habitants libres en citoyens, latins et étrangers. Cette division se rapportait plus à des capacités individuelles qu'à des catégories dont les membres auraient été soumis à un système de droit bien lié et bien déterminé.

17. — La distinction faite entre le droit civil et le droit des gens, *jus civile et jus gentium*, provoque des observations plus ou moins analogues : ce n'étaient pas là deux systèmes bien délimités : le droit des gens, en tant que droit naturel par son origine, bien que consacré par un édit spécial, faisait de nombreuses invasions dans le droit civil ; on peut même dire que cette influence progressive du droit rationnel sur la tradition, est un des aspects les plus intéressants que présente l'histoire du droit romain. Nous nous sommes efforcé d'en retracer l'un des épisodes les plus remarquables dans notre *Étude sur la légitime et les réserves*.

Ce droit rationnel eut son origine et sa cause dans la

p. 308, citant l'un et l'autre Polybe III, 22 et 24, mentionnant un traité conclu entre Rome et Carthage, traité dont l'authenticité est contestée spécialement par Schwegler, *Rœmische Geschichte*, t. II, p. 97.

[1] Gaius, liv. I, § 92, liv. 3, § 120 ; Ulpien, *Fragments*, tit. 20 ; Savigny, *Système*, t. VIII, § 356, t. II, § 66.

nécessité de consacrer un ensemble de règles applicables aux habitants qui n'étaient pas citoyens romains.

D'abord privés de l'exercice de tout droit par eux-mêmes et sans l'intervention d'un patron, les étrangers acquirent, plus tard, quelque capacité juridique, s'ils appartenaient à une nation qui eût, avec le peuple romain, des rapports d'alliance et d'amitié. Ils furent placés sous la juridiction d'un préteur spécial qui indiquait dans son édit les règles dont l'application leur serait faite pendant l'exercice de sa charge.

Les jurisconsultes romains semblent varier dans les idées qu'ils se faisaient de ces règles : ils les représentent, quelquefois, comme dérivant des enseignements de la raison, quelquefois comme provenant d'une sorte de fusion s'opérant par rapprochement et par comparaison des législations étrangères. Il est possible qu'on ait débuté par un travail de ce genre et qu'on ait été forcé d'accorder une plus grande importance aux considérations purement spéculatives, quand on fut mis en rapport avec un nombre plus considérable de peuples. On incline d'ailleurs, généralement, à considérer comme devant être universel tout ce qui semble raisonnable [1].

Nous verrons, plus tard, que l'art. 11 du Code civil semble maintenir une doctrine analogue ; nous aurons à rechercher comment il faut en faire l'application, dans un milieu social bien différent.

[1] Savigny, *System*, t. I, p. 109, t. II, p. 40 ; Puchta, *Inst.*, t. I, §§ 83 à 85, 101 et 129 ; Rudorff, *R. R. G.*, t. I, p. 3.

18. — Il est une autre doctrine romaine qui, bien qu'appartenant, croyons-nous, au droit interne plus qu'au droit international de cette époque, a reçu des circonstances une très grande importance. Il s'agit du vieil antagonisme entre le domicile et l'origine ou bourgeoisie, comme principe de compétence; c'est là que la controverse existant, de nos jours, au sujet du domicile et de la nationalité, ou plus exactement de la patrie, comme bases de l'état et de la capacité des personnes, a pris naissance. Voyons d'abord ce qu'il en était de cette controverse en droit romain ; nous chercherons, plus tard, comment elle s'est élevée à la hauteur qu'elle occupe actuellement.

L'organisation municipale, fort ancienne en Italie, s'était étendue aux provinces ; de telle sorte que, dans la règle, chaque personne ressortissait au territoire de quelque municipalité ; mais, ce rapport de sujétion pouvait avoir deux causes qui ne concordaient pas toujours. C'étaient :

1° L'origine ou la bourgeoisie qui provenait soit de liens de descendance, d'adoption ou d'affranchissement, rattachant à la personne d'un bourgeois ; soit d'une sorte de naturalisation conférée par l'autorité municipale ;

2° Le domicile, qui résultait pour chacun de l'existence ou de l'établissement du centre de ses affaires et de sa vie civile, dans telle ou telle localité.

Il paraît certain que, dans les cas où il pouvait s'élever des conflits entre ces deux causes de sujétion, l'origine ou la bourgeoisie devait l'emporter[1]. Nous nous retrouverons

[1] Savigny, *System*, t. VIII, §§ 350 à 361 ; Puchta, *Inst.*, t. II,

plusieurs fois en présence de ces rapports d'origine et de domicile plus ou moins modifiés par les circonstances.

19. — Il résulte de ce qui précède que, sauf les cas mentionnés ci-dessus, le droit international romain ne dut pas exercer, directement, une grande influence sur le nôtre. Ajoutons que la vaste étendue de l'Empire ne laissait subsister que bien peu de rapports vraiment extérieurs et que l'édit de Caracalla, ordonnant l'application du droit civil romain à toute la population libre du territoire, dut couper court à bien des questions qui pouvaient s'élever précédemment.

C'est, comme nous le verrons plus tard, d'une manière indirecte, par l'autorité considérable qu'il acquit, par l'idée préconçue qu'on devait y trouver la solution de toutes les difficultés qui pouvaient surgir, par les nombreux contrastes qu'il offrait soit avec certains principes germaniques, soit avec le régime féodal que le droit romain fit sentir son influence. Il ne pouvait pas en être autrement. Notre doctrine a sa base dans la recherche d'une compétence naturelle entre les différentes lois qui semblent se présenter en concours. L'idée qu'on se forme de cette compétence, dépend beaucoup de celle qu'on a conçue sur le fond même du droit, bien qu'elle n'en soit pas une conséquence absolument nécessaire. C'est par là que le droit romain devait exercer, et exerce encore, une large influence.

§ 152; Bar, *International Privatrecht*, § 29; Keller, *Pandekten*, § 32.

CHAPITRE II.

Invasion et Régime de droit personnel.

20. Dissémination et mélange de l'élément germanique et de l'élément romain. — 21. L'influence indirecte d'un tel régime.

20. — C'est à l'invasion du cinquième siècle que se trouvent les premières origines directes des temps modernes. Nous étudierons les suites de ce grand événement, en nous plaçant au point de vue de l'histoire française ; c'est là ce que réclame la spécialité de notre sujet. Nous ne contestons pas à l'Italie l'honneur d'avoir précédé les autres nations dans la formation plus ou moins directe du droit international privé, tel qu'on l'entend de nos jours. La France a dû recevoir d'elle la puissante influence de ses écoles et du renouvellement des études de droit romain qu'on doit à leur initiative. Elle eut, peut-être, à lutter contre de plus grands obstacles, parce que les deux principaux éléments de la civilisation moderne se rencontrèrent, sur son territoire, plus directement qu'ailleurs, et s'y établirent plus solidement l'un en face de l'autre ; mais le spectacle d'une telle lutte n'en offre que plus d'intérêt.

Chacun de ces deux éléments avait son droit qui se présentait dans des conditions toutes spéciales : le droit romain, fruit d'un long développement, pouvait sembler au bout

de sa carrière ; on pouvait s'attendre à le voir sombrer et disparaître avec le peuple dont il était la principale manifestation ; le droit germanique se trouvait encore à l'état rudimentaire ; il semblait avoir l'avenir pour lui, mais il était insuffisant pour une société déjà parvenue à un certain degré de développement. Fondre l'un avec l'autre deux éléments aussi peu semblables n'était pas possible, en l'état ; faire dominer l'un ou l'autre exclusivement, présentait de grandes difficultés ; on prit le parti de laisser chacun régir les populations qui lui étaient originairement soumises. Si ces populations eussent occupé chacune un territoire spécial, un tel état de choses n'eût rien eu d'extraordinaire ; mais il n'en était rien, les vainqueurs s'étaient disséminés au milieu des vaincus ; il en résulta ce qu'on appelle le régime de la loi personnelle qui ne devait pas être complètement nouveau pour les bandes envahissantes, et dont on retrouve quelques traces dans le droit romain.

Les deux races individuellement disséminées et juxtaposées sur le sol, présentèrent un mélange confus qui ne tarda pas à passer dans les institutions ; le droit cessa d'être territorial, chacun vécut sous sa loi propre. Il y avait là deux grandes manifestations : 1° L'idée de l'origine l'emportait plus que jamais sur celle du domicile. 2° Cette idée subissait elle-même une modification profonde ; s'affranchissant des limites étroites de la municipalité romaine, elle se rapprochait des nationalités modernes. Il y manquait une chose, toutefois : le territoire, et c'était beaucoup.

L'existence d'un pareil état de choses ne peut pas être contestée en fait, sauf à discuter quelques détails et à se demander s'il fut également suivi par les diverses hordes envahissantes [1].

Une telle organisation n'est, d'ailleurs, pas sans analogies dans nos institutions modernes, où des circonstances plus ou moins semblables font recourir à de pareils expédients, comme nous le verrons plus tard dans un chapitre spécial.

Ce régime de loi personnelle, organisé sur une aussi vaste échelle, et comme état principal, pouvait être réclamé par les circonstances, mais il n'en était pas moins fort anormal : des institutions presque dépourvues de toute attache au sol, tellement disséminées et mobiles qu'elles ne présentaient presque aucune cohérence, ne pouvaient persister longtemps. Elles reposaient, d'ailleurs, sur des distinctions qui tendaient à disparaître par la fusion des races, pour aboutir à de nouvelles combinaisons ayant leur point d'appui sur le territoire.

21. — La civilisation doit, croyons-nous, beaucoup à cette organisation transitoire, qui a maintenu en présence l'un de l'autre sur le sol de l'ancienne Gaule, deux éléments appelés à se réunir et à se combiner dans le droit moderne et plus spécialement dans le Code civil français.

[1] Savigny, *Geschichte des Rœmischen Rechts im Mittelalter*, t. I, §§ 30 à 33 ; Bar, § 3 ; Bethmann-Hollweg, *Germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter* ; Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France* etc.

Il y avait bien là, si l'on veut, une sorte de droit international privé; mais les bases en étaient si peu normales et si différentes de celles qui existent de nos jours, qu'il n'y a pas lieu de nous y arrêter plus longtemps. Encore ici, l'on peut se contenter de mentionner, en passant, l'action d'une forte influence indirecte qui se retrouvera, d'ailleurs, dans les développements qui vont suivre.

CHAPITRE III.

Régime féodal et vieille doctrine des statuts.

22. Dépression de la royauté barbare. — 23. Origines de la féodalité. — 24. Municipalités du moyen âge. — 25. Caractères généraux de l'époque. — 26. Origines du droit international privé. — 27. Des trois anciens statuts en général. — 28. Statut personnel.— 29. Statut réel.— 30. Faits juridiques et statut mixte. —31. Principe de l'ancienne doctrine. — 32. Conflits et combinaisons possibles entre les anciens statuts. — 33. Conclusions à tirer de ce qui précède.

22. — Née d'une ligue fédérative et de la conquête, ne s'appuyant ni sur de longs antécédents historiques, ni sur une organisation régulière; s'exerçant sur des populations et sur un territoire sans homogénéité, sans consistance et sans limites fixes et bien déterminées, la royauté barbare ne tarda pas à sentir son impuissance; elle s'affaiblit d'ailleurs par les concessions de tout genre

qu'elle dut faire, à titre d'expédients, pour prolonger sa précaire existence.

23. — Telle fut la cause immédiate de la féodalité : l'ancienne organisation sociale étant incapable de se soutenir, il devait s'en former une autre ; l'autorité publique ne pouvant plus s'appuyer sur la vieille idée d'une souveraineté générale, dut chercher un principe de force dans la cause même qui l'avait affaiblie, la dissémination du territoire. On vit se former une hiérarchie de pouvoirs superposés les uns aux autres et s'appuyant sur une nouvelle répartition du sol. La propriété dut se diviser en couches diverses, à chacune desquelles se rattachèrent quelques-unes des fonctions gouvernementales ou sociales. La souveraineté fit place à la suzeraineté, nouvel instrument de pouvoir né d'une sorte de mélange ou de fusion qui se produisit entre le droit public et le droit privé. Le dernier dut suppléer aux défaillances du premier, en lui communiquant la force qui dérive de la possession du sol et des obligations contractuelles. Cette organisation ne se renferma pas dans les hautes sphères du droit public; son influence s'étendit aux couches inférieures de la vie civile et s'exerça d'un bout à l'autre de l'échelle sociale. De la même manière qu'on distingua divers degrés de suzeraineté et de vassalité au-dessous desquels se trouvait le servage, on vit se former les idées de propriété directe ou utile, répartie en couches analogues à celles que nous venons de mentionner et leur correspondant plus ou moins exactement.

La vie publique dut naturellement participer, dans

une large mesure, à l'égoïsme étroit du droit privé : les fonctions de l'autorité s'exercèrent dans le même esprit que l'administration d'un fonds. Le sol et tout ce qui s'y rapporte acquit une influence telle que l'état des personnes dépendait, en grande partie, de leurs rapports avec le territoire et qu'on a pu dire avec Mignet : « L'homme était, en quelque sorte, possédé par la terre; » avec M. Laferrière : « La condition humaine était l'accessoire de la terre; » avec Burgundus (Bourgoingne) : « *Persona naturæ ac conditioni rei se accommodat. Bona personam non sequuntur, sed personas ipsas ad se trahunt ;* » avec M. Dalloz : « Les coutumes féodales étaient toutes réelles[1]. »

Le mouvement général des faits sociaux fit surgir une nouvelle conception du droit public, de nouveaux rapports de sujétion et de nouvelles idées de nationalité. Chaque régnicole se trouva soumis à une série plus ou moins considérable de pouvoirs superposés les uns aux autres, et parmi lesquels celui sur le territoire immédiat duquel il était domicilié, levant et couchant comme on disait alors, le touchait de plus près et pesait le plus despotiquement sur lui. Le domicile, point d'attache de la personne au sol, devait avoir une très grande importance sous un tel régime. Nous en trouvons une naïve

[1] Mignet, *De la féodalité*, partie I, ch. 3; Laferrière, *Histoire du droit*, t. IV, p. 420; Bourgoingne cité par Boullenois, *De la personnalité* etc., observation 5; Dalloz, *Essai sur l'histoire générale du droit français*, p. 79.

expression dans un passage de Philippe de Beaumanoir : supposant qu'un justiciable est convoqué pour le même jour et la même heure devant plusieurs juridictions seigneuriales, le jurisconsulte se demande à laquelle de ces sommations il doit être satisfait de préférence. Il se prononce en faveur du seigneur sur le territoire duquel on a son domicile : on lui doit beaucoup plus d'obéissance qu'aux autres seigneurs desquels on tient seulement ses héritages « por ce que le sire desoz qui on est couquans et levans, a la justice du cors et la connaissance de muebles et de catix et des héritages qu'on tient de li [1]. »

Les anciennes distinctions se rapportant à l'origine nationale durent disparaître ; les traces s'en perdaient soit par la fusion des races, soit par la prépondérance d'une nouvelle organisation et d'un nouveau droit venant se substituer à l'ancien ordre de choses et l'absorber.

Les institutions ramenées à une rigoureuse territorialité, se fixèrent au sol et soumirent chaque localité aux règles qui durent s'y former sous la double influence des besoins généraux de l'époque et des principes anciens qui, par la répartition précédente, se trouvaient y régir la majorité numérique des habitants. La France se

[1] *Coutume de Beauvoisis*, ch. 2, § 16. Voyez encore Pierre des Fontaines, *Conseils à un ami*, ch. 3 ; *Etablissements de saint Louis*, 1, ch. 87 ; Loysel, *Institutes*, règles 36 à 39 et 44, plus les notes dans l'édition de Dupin et Laboulaye ; de Ferrière, *Dictionnaire*, v. Aubin; Merlin, *Répertoire*, v. Aubaine.

divisa, de la sorte, en pays de droit écrit ou romain et pays de droit coutumier ou germanique, sauf à recevoir l'empreinte de l'organisation sociale qui se formait, et à subir l'influence de la vie nouvelle qui devait s'y produire.

24. — Comme conséquence, et dans un certain sens comme contrepartie du régime féodal, il faut mentionner le développement de certaines villes en municipalités. Moins liés au sol et, par conséquent, moins strictement engagés dans les liens du régime qui lui empruntait sa force principale, les habitants des villes purent acquérir une indépendance qui devait jouer, plus tard, un rôle considérable dans l'histoire du droit public français, mais dont la première conséquence fut une cause de morcellement du territoire et de localisation du droit. A ce point de vue les municipalités contribuèrent au résultat généralement produit par le régime féodal.

25. — Ce fut une époque d'isolement et de despotisme, quelquefois tempérés par les mœurs et par le sentiment d'obligations morales et religieuses. Les idées y étaient hostiles aux étrangers, qui devaient avoir bien de la peine à se faire une place dans un réseau social aussi serré ; les turpitudes du droit d'aubaine ne le prouvent que trop. Les rigueurs de la féodalité semblent avoir eu deux missions principales : 1° maintenir en présence les doctrines qui devaient se combiner plus tard ; 2° les rattacher au sol et préparer ainsi les éléments territoriaux dont la réunion devait former les grands Etats modernes. Il fallait, pour cela, qu'une hiérarchie de pou-

voirs locaux pesât de tout son poids sur chaque point; un pouvoir général, s'étendant au loin, s'était montré impuissant à produire un tel résultat. La dissémination temporaire était une condition nécessaire de l'unité future; il fallait, avant tout, préparer des matériaux solides pour les édifices nouveaux qui devaient s'élever.

26.— C'est là, cependant, c'est dans ce milieu morcelé, si plein de raideur et d'égoïsme, que se trouve véritablement le berceau de la plus humanitaire des doctrines, le droit international privé, tel qu'il tend à se développer, de nos jours, sur une plus large échelle et sur des bases quelque peu différentes.

Quand on étudie le moyen âge, on ne tarde pas à reconnaître que, malgré bien des obstacles, il s'y présentait de puissantes impulsions conduisant à ce résultat. Il fallait, pour que ce droit pût se former, un sol couvert de populations nombreuses, diverses et morcelées, mêlées les unes aux autres par de fréquents rapports de voisinage, retenues dans un lien de nationalité commune assez faible et obscur, pour qu'elles ne fussent pas fondues en un seul corps politique, assez fort et manifeste, cependant, pour qu'elles ne pussent pas se considérer comme complètement étrangères les unes aux autres, et qu'elles fussent disposées à se traiter sur un pied d'égalité réciproque; il fallait aussi qu'il y eût un commencement d'organisation générale favorisant, dans une certaine mesure, la formation d'une doctrine commune et soumise à l'appréciation de grands corps judiciaires statuant sur l'application de coutumes différentes.

Nous devons suivre le développement de cette doctrine avec d'autant plus d'attention, qu'elle est encore à la base du droit international privé consacré par le Code civil. Le but qu'elle se proposait d'atteindre n'était pas de ramener le droit à l'unité dans toute l'étendue du territoire, mais bien seulement de chercher les moyens d'établir quelque harmonie dans l'application des nombreuses coutumes juxtaposées les unes aux autres. Il fallait, pour atteindre ce but, fixer autant que possible leurs compétences respectives. L'idée d'un droit unique et commun ne manquait certainement pas de séduction; mais elle était d'une réalisation tellement éloignée qu'elle n'apparaissait que comme un rêve d'avenir lointain.

On dut se demander si, malgré sa grande diversité, le droit ne peut pas être ramené à un petit nombre d'éléments dont chacun se trouve soumis, naturellement, à la compétence de telle loi plutôt qu'à celle des autres; c'est ainsi qu'on fut conduit à l'ancienne théorie des statuts.

27. — On entend généralement par statut, une loi spéciale traitant de telle ou telle matière de droit. On désignait, particulièrement, par ce mot les règles de droit admises dans les villes italiennes du moyen âge. De ce sens originaire, on en a déduit un technique et dérivé, que l'on retrouve encore à la base de notre doctrine : le mot statut s'applique à une matière de droit rentrant sous la compétence spéciale de telle loi. L'autorité de cette loi doit se renfermer, suivant les cas, dans le territoire qui lui est propre ou s'étendre au delà. Pris dans

ce sens, le mot statut désigne un principe de compétence applicable entre nations ou entre localités différentes.

Le statut personnel consacrait la compétence naturelle de la loi du domicile, pour régler tout ce qui tient à l'état et à la capacité des personnes.

Le statut réel voulait que la loi de la situation réglât ce qui tenait aux choses immobilières, sauf à hésiter, comme nous le verrons, au sujet des biens meubles.

Le statut mixte se préoccupait des faits juridiques. Nous verrons plus loin que, sous la même dénomination de statuts mixtes, se présentèrent des combinaisons fort différentes, mais qui furent loin de se faire aussi généralement et uniformément reconnaître.

Bien certainement une doctrine qui résoudrait convenablement ces questions de compétence naturelle, en s'appuyant sur les exigences d'une bonne justice, pourrait être considérée comme ayant résolu le problème si complexe du droit international privé. Voyons ce qu'il faut penser, à cet égard, de la vieille théorie des trois statuts.

Cette théorie s'est développée sous l'action des nécessités pratiques et des tendances d'un régime transitoire fortement empreint de féodalité ; elle provient d'une lutte élevée entre ce qui paraissait être réclamé par la nature même de la personnalité, d'une part, et par les tendances d'une territorialité par trop absolue, d'autre part.

Ces tendances eurent pour adversaires de puissants agents qui les combattirent avec succès.

1° Un sentiment de dignité naturelle devait nécessairement protester, en voyant la personnalité près de se perdre dans les entraves d'une pareille territorialité.

2° Le droit romain, dont l'étude scientifique fut renouvelée par l'école des glossateurs et de leurs successeurs, était peu sympathique aux principes du régime qu'il fallait combattre. Il était contraire à certaines idées germaniques dont l'influence tendait à favoriser ce régime. Il accordait une grande importance à la personne considérée en elle-même. N'admettant pas une propriété familiale, il consacrait le principe de l'unité de succession héréditaire, s'appuyant sur les liens de parenté individuelle, abstraction faite de la nature, de la provention et de la situation des biens.

Ce vieux droit romain, qu'on exhumait des ruines de l'ancienne Italie, était plus complet que les rudiments qui s'en étaient conservés dans la pratique. S'étant adouci et comme humanisé par un plus long développement, il pouvait se plier, plus facilement, aux besoins des temps et s'acquit, de la sorte, une forte autorité morale. On s'efforça de lui faire une place aussi large que possible dans le champ du droit positif: il en surgit une lutte qui devait être favorable à la formation de notre doctrine.

3° Les municipalités, qui étaient généralement nées d'une lutte contre les seigneurs, furent le foyer d'idées indépendantes et d'une certaine largeur. Ne vivant pas du sol et se livrant à des occupations industrielles et commerciales, elles devaient sortir de l'isolement et rechercher des communications avec l'étranger.

4° La royauté tendait naturellement à combattre la féodalité dont les empiètements l'avaient presque réduite à néant; son influence, bien que généralement indirecte, n'en fut pas moins effective. Les rudiments d'unité qu'elle introduisit, tout spécialement dans l'organisation judiciaire, durent favoriser le développement d'une doctrine commune sur cette partie du droit qui captivait de plus en plus l'attention.

Tels furent les agents qui ont pris part à la lutte dont nous voudrions indiquer les principaux éléments, autant que le permet l'obscurité de ces temps.

Les bases sur lesquelles cette lutte s'est produite, paraissent reposer sur une idée profondément vraie, malgré les défaillances de la doctrine qu'on en a tirée. Nous croyons qu'une analyse exacte de la formation du droit conduit à découvrir une compétence naturelle régissant chacun des éléments qui s'y produisent. La vérité de cette idée n'est pas atteinte par les variations, les fautes et les lacunes dont on trouve les traces dans les applications qui en ont été faites.

Chaque système porte nécessairement l'empreinte du milieu social dans lequel il s'est formé ; mais, ce n'est pas à dire, pour cela, que les idées abstraites sur lesquelles il repose, soient toujours fausses ou vraies seulement pour une époque.

Reprenons, maintenant, chacun de nos statuts et voyons ce que l'histoire en a fait sur le territoire français, dans quelle mesure et dans quel sens l'ancienne doctrine y est encore applicable.

28. — 1° Le statut personnel s'est produit en s'appuyant sur les éléments de compétence qui semblent se rattacher à tout ce qui tient à l'état et à la capacité des personnes. Il a pu se faire reconnaître de deux manières différentes : *a*) par conservation partielle du régime qui suivit l'invasion et consacra le principe de la personnalité d'une manière générale ; il dut y avoir là une première lutte entre les éléments les plus vivaces de cet ancien droit et les envahissements successifs du nouveau ; *b*) par voie de réaction ou, si l'on veut, de reprises opérées sur les envahissements de ce dernier.

La lutte se trouvait naturellement engagée entre deux puissances, la personne et le territoire. C'est ce qui explique pourquoi les deux premiers de nos statuts l'emportèrent considérablement en importance sur le troisième, et paraissent être les deux pôles entre lesquels oscillait la vie juridique de cette époque.

Deux choses devaient tout particulièrement frapper l'esprit au sujet des personnes, leur mobilité et l'absolue nécessité de les conserver identiques à elles-mêmes. On ne peut aborder l'idée de les voir changer d'état et de capacité suivant les localités où elles se transportent ou agissent. L'état et la capacité doivent, pour satisfaire à la nature des choses, rester généralement sous l'empire d'une seule et même loi. Cette loi ne pouvait être ni celle de l'origine nationale, puisqu'un tel régime tombait en ruine, ni celle de la nationalité générale, puisque l'unité de droit civil faisait partout défaut; on était donc conduit à la loi du domicile, seule possible en vue du but poursuivi.

Les bases de ce statut paraissaient ainsi fort solidement établies, tant sur les justes exigences de la personnalité que sur les tendances générales du milieu social. Boullenois énonce comme un des principes les plus universellement connus et les plus unanimement adoptés, celui d'après lequel les lois qui fixent, règlent et déterminent l'état et la condition d'une personne sont des lois personnelles ; ces lois n'affectent que le domicilié, celui-ci porte partout l'état et la condition dont il est affecté par la loi de son domicile [1]. L'existence d'un tel principe était assurée, mais il restait à savoir comment on le combinerait avec les autres et quelle place il occuperait dans l'ensemble du droit.

29. — 2° Le statut réel, en prenant ces mots dans le sens grammatical, devrait indiquer la loi destinée à régir les choses. Il faut ajouter, toutefois, qu'il ne s'appliqua, directement et sans controverse, qu'aux fonds immobiliers généralement régis par la loi de la situation. C'est la puissance du sol et du territoire que ce statut semble plus particulièrement représenter. On peut s'étonner de voir le territoire, simple chose purement passive, se poser en rival de la personne pour laquelle le droit semble avoir été fait, comme le disait l'empereur Justinien [2].

Si nous faisions ici de la théorie spéculative, nous dirions que dans l'ordre naturel des choses, toute législa-

[1] *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Préface, p. 22.

[2] *Institutes*, l. I, tit. 2, § 12.

tion doit s'exercer directement et principalement sur un territoire spécial, et qu'il n'est pas possible de faire complètement abstraction de cette règle. Comme il s'agit d'histoire, nous nous contenterons de rappeler que, sous le régime féodal, le sol était la base, la cause et l'instrument du pouvoir, et que sur cette base s'élevait toute une hiérarchie de droits et d'obligations. Ajoutons que suivant les principes germaniques formant la base des coutumes françaises, les immeubles devaient être conservés dans les familles, et nous aurons la conviction que, sous un tel régime, la loi de la situation des fonds immobiliers devait être prise largement en considération. Mais, encore ici, la doctrine avait des limites et des rapports à fixer.

Tels paraissent avoir été les débuts et comme les premières bases de la célèbre théorie des statuts; c'est ainsi qu'elle dut se produire sous la puissante influence des deux agents principaux qui la provoquèrent, la personne et le territoire.

Ces éléments furent les deux prototypes auxquels on ramena, plus ou moins directement, tous les problèmes qui s'élevaient sur les conflits de compétence législative. On prit, assez généralement, l'habitude fort regrettable de désigner comme rentrant dans le statut personnel toutes les lois dont l'autorité se prolongeait au delà de leur territoire spécial. Cette terminologie commune s'appliquant à des idées qui n'étaient pas identiques, ne pouvait que produire une confusion dont les traces se retrouvent encore de nos jours.

La difficulté qui devait surgir le plus naturellement de cette conception des deux principaux statuts, se rapportait aux valeurs mobilières. Les assimiler au sol paraissait incompatible avec l'instabilité de leur situation, bien qu'elles appartinssent à la catégorie des choses. Les rattacher à la personne du patrimoine de laquelle elles faisaient partie, pouvait se justifier par certains rapports de dépendance ; mais, il était difficile de se dissimuler qu'elles étaient étrangères à l'état et à la capacité de cette personne. Le patrimoine, simple attribut, ne peut s'identifier avec le sujet auquel il se rapporte.

Les circonstances conduisirent à un résultat, qui fut adopté par les deux partis en présence : on s'arrêta généralement, en principe, à la loi du domicile ; mais, ce fut par des motifs bien différents. Les uns, voyant dans ces valeurs une sorte de dépendance et d'accessoire de la personne, les soumettaient à la même loi que celle-ci ; c'était là, bien manifestement, une extension des bases primordiales et naturelles du statut personnel, l'état et la capacité. Les autres, n'y voyant que des biens, mais des biens qu'il fallait considérer comme fictivement réunis au domicile, leur faisaient l'application des règles du statut réel, et les soumettaient à la loi compétente par suite de cette fiction [1]. Nous reviendrons sur ce sujet dans ses rapports avec le Code civil.

30. — 3° Les personnes, les choses et les droits sont bien loin d'absorber tous les problèmes qui surgissent

[1] Boullenois, *Personnalité*, t. I, p. 8, 27, 338.

dans notre doctrine ; il faut encore s'occuper des faits juridiques, puisque c'est par eux que le droit se produit et subit toutes les modifications dont il est susceptible.

Malgré l'infinie variété de ces faits, il est possible de les ramener à un certain nombre de catégories paraissant réclamer l'application de règles spéciales. Le type servant le plus naturellement de base à ces distinctions, se trouve dans la volonté des parties intéressées et dans la manière dont elle agit en chaque cas.

Cette volonté doit, plus ou moins nécessairement, être placée sous le contrôle et sous l'action de la loi. Elle peut être restreinte dans ses effets, par des considérations d'ordre public, ou soumise dans ses manifestations extérieures à certaines formalités servant de preuve ou de garanties.

Elle doit, généralement, pour être engagée d'une manière définitive, avoir satisfait à certaines conditions internes constituant les caractères essentiels de l'acte dont il s'agit, ou écartant l'idée de vices perturbateurs qui pourraient y être intervenus, tels que la violence, le dol et l'erreur. Il est quelquefois suppléé à ses manifestations extérieures, au moyen de présomptions tirées de certains faits. Bien souvent, aussi, les obscurités ou les lacunes qui peuvent s'y présenter, font l'objet de dispositions légales destinées à leur servir d'interprétation ou de développement.

Dans ce vaste domaine des faits juridiques, nous trouvons certains points sur lesquels l'attention de l'ancienne doctrine paraît s'être plus particulièrement diri-

gée. Cela se comprend, parce qu'on agissait sous la pression de la pratique et sous l'empire d'une lutte plus ou moins violente. Nous ne voulons certainement pas dire que les autres points aient été complètement négligés; mais on s'en est occupé moins fréquemment et moins directement, soit parce qu'ils semblent faciles à résoudre, soit parce qu'ils étaient dans la dépendance de circonstances spéciales, soit parce qu'ils se présentaient sous des formes plus abstraites. On peut le dire, dans tous les cas, les faits juridiques sont un des sujets sur lesquels l'ancienne doctrine laisse le plus à faire. Il y a, certainement, en cette matière, bien des lacunes à combler, bien des bases à développer.

Voici, maintenant, les sujets sur lesquels l'attention s'est tout particulièrement dirigée sous l'ancienne doctrine.

Les formes extérieures dont les actes doivent être revêtus, pour être pris en considération par les tribunaux, devaient nécessairement préoccuper les esprits. Les exigences de la pratique conduisaient à soumettre ces formes à la loi du lieu de la passation de chacun de ces actes, parce que c'était la seule à laquelle il était généralement possible de se conformer.

C'est probablement là qu'il faut chercher la première origine de la vieille règle : *Locus regit actum.* Cette règle dut s'imposer de très bonne heure, elle s'appuyait sur des considérations aussi impératives que celles dont le statut personnel était résulté.

Etait-il possible d'admettre qu'un acte, régulier sui-

vant la loi sur le territoire de laquelle il était intervenu, pût être frappé d'impuissance dans une autre localité ? La réalisation du droit n'aurait-elle pas dépendu de chances purement aléatoires, ou même quelquefois de manœuvres entachées de dol ?

La doctrine qui s'est formée sous la pression de telles exigences pratiques, était désignée par la qualification contestable et contestée de statut mixte, soit comme se rapportant à la personne et aux choses tout à la fois, soit comme s'imposant également aux domiciliés et aux non domiciliés. La force probante des titres en était l'objet principal et le plus fréquent[1]. En fait, cette doctrine ne rentrait ni dans l'un ni dans l'autre des deux statuts principaux tels qu'ils étaient formulés par l'ancien droit. Elle n'affectait ni l'état ni la capacité des personnes; elle ne s'appliquait pas toujours à des choses matérielles et les effets qui en étaient la conséquence s'étendaient au delà du territoire.

Bien des questions peuvent s'agiter au sujet de cette règle : doit-on la prendre dans un sens négatif, aussi bien que dans un sens positif; en d'autres termes, faudra-t-il, toujours et nécessairement, repousser comme insuffisants les actes pour lesquels on n'a pas observé les formalités voulues par la loi du lieu de la passation ? dans quels cas et dans quelle mesure cette règle peut-elle s'étendre à ce que nous avons appelé conditions internes ? peut-on faire complètement abstraction de la

[1] Boullenois, *Personnalité* etc., t. I, p. 415, 422, 456, 492.

loi de la situation des choses? quelle importance doivent avoir, pour l'interprétation des actes, la loi du lieu où ils sont intervenus et celle du lieu où ils doivent ressortir leurs effets? C'est là un vaste sujet qui a conservé son importance et sur lequel nous aurons à revenir plus tard, au double point de vue de la pratique et de la théorie spéculative.

Un autre point se rapportant aux faits juridiques et sur lequel l'attention s'est particulièrement dirigée, sous l'ancien droit, a trait à la communauté et, plus généralement, au régime des biens entre époux. Ce sujet pouvait difficilement être considéré comme une dépendance immédiate et directe du statut personnel, parce qu'il ne se rattache ni à l'état, ni à la capacité. Le faire rentrer dans le statut réel soumis, comme tel, à la loi de la situation des choses, paraissait plus conforme aux tendances de rigoureuse territorialité qui prévalaient sous le régime féodal. Mais quelque logique qu'il pût être, ce système devait soulever bien des répugnances, parce qu'il ne satisfaisait pas aux exigences d'un tel rapport de droit. On ne pouvait admettre que les époux eussent entendu se soumettre à toutes les chances résultant de la variété des coutumes. Leurs biens semblaient devoir être soumis à des règles fixes, générales et permanentes, pour satisfaire aux exigences du mariage qui, provoquant des besoins persistants, réclamait des ressources de même nature.

Cette condition pouvait se réaliser et se réalisait, en effet, au moyen d'un contrat dont les clauses devaient

être respectées en tous temps et en tous lieux. N'était-il pas naturel de supposer qu'en l'absence de toute convention, les époux avaient entendu se soumettre, tacitement, à la loi qui semblait appelée à régir leur vie commune ; c'est-à-dire à celle de leur domicile matrimonial, lieu dans lequel ils paraissaient vouloir s'établir? Un tel régime supposé avoir été choisi d'un commun accord, devait être respecté de la même manière que s'il eût fait l'objet d'un contrat exprès. Telle fut la célèbre doctrine que Charles Dumoulin parvint à faire admettre, malgré les vives résistances qu'il éprouva de la part des partisans d'une stricte territorialité du droit, spécialement de la part de d'Argentré. Ce fut, certainement, une grande victoire pour le temps, la doctrine qu'elle a fait triompher conserve encore son importance et soulève diverses questions que nous retrouverons plus tard, dans l'étude des détails. On peut se demander si c'est bien là un statut, dans quelle catégorie il faut le placer, et si la vraie solution du problème se trouve bien dans un contrat supposé soumis à de nombreuses incertitudes quant aux bases sur lesquelles il repose.

31. — Toute cette ancienne théorie des statuts pouvait difficilement s'appuyer sur des principes de droit rigoureux, s'imposant impérativement, comme loi commune et générale, aux diverses souverainetés appelées à en faire l'application. De pareilles bases étaient, plus ou moins, incompatibles avec les idées que l'on se formait alors de la souveraineté, droit absolu, n'admettant aucun mélange d'obligation et n'ayant d'autre règle que le

bon plaisir de celui qui l'exerçait. Les tendances générales de l'époque ne permettaient de s'appuyer que sur une soi-disant courtoisie, ou plus exactement sur des motifs d'intérêt bien entendu, conseillant des concessions que la nature des choses devait rendre réciproques et, par conséquent, avantageuses. On allait, toutefois, jusqu'à les dire nécessaires, ce qui supposait bien une sorte d'obligation.

Ce qu'on appelait courtoisie ne se compliquait-il pas, d'ailleurs, de savoir-vivre et de respect des convenances? N'y avait-il pas là quelque rudiment d'une morale bien légère et bien insuffisante, il est vrai? Voici les expressions fort remarquables dont Rodenburg se servait dans le sixième des principes placés en tête de son *Traité sur la diversité des statuts* : « De droit étroit, toutes les lois, que fait un souverain, n'ont force et autorité que dans l'étendue de sa domination; mais la nécessité du bien public et général des nations a admis quelques exceptions dans ce qui regarde le commerce civil. C'est ainsi que la majorité et la minorité du domicile ont lieu partout, même pour les biens situés ailleurs. » Ajoutons, au besoin, que c'est par une sorte de droit coutumier que notre ancienne doctrine s'est formée et que le droit coutumier naît généralement sous l'action morale d'un sentiment. On était bien loin des idées professées par Fœlix sous l'empire d'un regrettable esprit de système poussant à outrer les choses et les mots [1].

[1] Boullenois, Préface, p. 22, t. I, p. 4, 150, 152, 173 etc.;

32.— Il nous reste, pour terminer cette courte esquisse historique, à dire quelques mots au sujet des nombreuses difficultés qui sont nées des conflits élevés entre les éléments divers de cette doctrine. Nous aurons à rechercher plus tard si les mêmes difficultés existent, au même degré, sous l'empire du Code civil.

La première chose à faire devait être de définir les statuts réels et les statuts personnels dans leurs rapports respectifs.

Cette distinction provoquait de vives controverses et de nombreuses dissidences, qui avaient d'autant plus d'importance que c'était là une question capitale [1].

Nous ne parlerons que pour mémoire de la célèbre théorie de Bartole, l'un des commentateurs du droit romain les plus considérés. Tout dépendait, suivant lui, de la construction grammaticale du texte: le statut devait être considéré comme personnel ou réel, selon que la personne ou la chose était mentionnée en premier lieu. Cette doctrine ne pourrait se justifier qu'en démontrant que, par une loi naturelle du langage, on énonce toujours en premier lieu le sujet dont on est principalement préoccupé. Elle n'a pas fait fortune en France, où elle fut très vertement critiquée, ce qui nous dispense de nous en occuper plus longuement [2].

t. II, p. 97; Fœlix, *Traité de droit international privé*, préface de la 2e édition; Laurent, t. I, p. 484.

[1] Boullenois, t. I, p. 74.

[2] Voir Laurent, t. I, p. 299, et les auteurs cités par lui; Boullenois, t. I, p. 16.

Ce sont là des sujets où la critique est facile, mais ne conduit pas toujours à des solutions bien arrêtées. On essaya d'autres définitions qui, très discordantes entre elles, soulevèrent de graves objections et de nombreuses difficultés pratiques.

Les uns ne reconnaissaient comme vraiment personnels que les statuts où il ne s'agissait que des personnes. Les autres n'accordaient ce caractère qu'aux dispositions statuant sur les traits généraux de l'état et de la capacité des personnes ; ils considéraient comme en étant exclues celles qui ne réglementaient qu'une capacité spéciale, se rapportant à telle catégorie de biens ou à tel genre d'actes. On distinguait quelquefois les dispositions en favorables et non favorables, selon qu'elles étaient de droit commun ou de droit exceptionnel, et l'on s'efforçait dans ces deux cas d'étendre l'autorité des premières au delà de leur territoire propre [1].

Les divergences et les difficultés provenaient, généralement, de ce qu'il y a peu de statuts dont l'action ne se fasse pas sentir à la fois sur les personnes et sur les choses. Les incapacités frappant les premières, les empêchent de disposer des secondes, ce qui a pour conséquence l'immobilité de celles-ci. Il y a des incapacités qui, bien que se rapportant aux choses, n'en gênent pas moins la libre activité des personnes. On peut citer comme exemple le cas de l'inaliénabilité du fonds dotal.

[1] Boullenois, t. I, p. 29, 42.

On s'est efforcé de trouver un fil conducteur au travers de ce dédale de prétentions diverses et l'on a dit : Il faut s'attacher à l'idée principale et au caractère essentiel des dispositions.

On doit reconnaître un statut personnel dans toute règle se rapportant à la personne plus directement qu'aux biens ; telles sont les lois réglementant la minorité et l'interdiction ; ce que l'on se propose, en de pareilles lois, c'est le plus souvent de protéger la personne en vue des défectuosités de ses facultés intellectuelles ou morales. On peut aussi vouloir l'empêcher de nuire.

S'agit-il, au contraire, de règles se rapportant directement aux choses, des réserves coutumières ou de la légitime en matière de succession héréditaire, ou de la dotalité en matière de régime matrimonial, par exemple, c'est un statut réel qu'on a devant soi.

Ce dernier principe dirigeant qui semble facile à justifier, et dont l'autorité se fait encore admettre de nos jours [1], semblait de nature à rassurer les esprits. Il n'en resta pas moins bien des scrupules, portant spécialement sur la distinction des deux statuts principaux et sur la question de savoir s'il n'y en a pas de vraiment mixtes et dans quel sens il peut en exister.

C'est en vue du droit français actuel que nous faisons

[1] Aubry et Rau, *Cours de droit français*, 4e édition, t. I, p. 82 ; Fœlix et Demangeat, *Droit international privé*, t. I, p. 53 et suivantes. Voir le nouveau Code Sirey, édition Fuzier-Herman, sous l'article 3, nos 8 et suivants.

de l'histoire; cela doit restreindre considérablement le champ de cette étude. De nombreux systèmes se sont présentés en cette matière ; ils varient suivant les temps et suivant les localités.

Les deux éléments principaux de notre doctrine ne s'y combinèrent pas en tous temps et en tous lieux dans les mêmes proportions. En Italie, le principe de personnalité devait naturellement prévaloir; dans les régions septentrionales, ce devait être la territorialité; en France, la transaction se fit avec plus d'égalité, parce que les deux éléments principaux, le droit romain et le droit germanique, s'y rencontrèrent plus directement et se partagèrent, en quelque sorte, le territoire et l'influence.

C'est de cette dernière combinaison que nous devons nous préoccuper avant tout. Boullenois est, de tous les auteurs français, celui qui a, croyons-nous, le plus d'importance à ce point de vue. Venu le dernier, ou l'un des derniers, il était mieux placé qu'aucun autre pour exposer et discuter la doctrine en vigueur de son temps. Son ouvrage n'est malheureusement pas toujours d'une lecture facile. L'auteur est très consciencieux, généralement clair et doué d'un remarquable sens pratique; mais un excès de modestie l'a conduit à procéder par voie de commentaire, ce qui devait nuire à l'ordre et à la clarté de son exposition.

Il a pris comme base de ses études l'œuvre publiée par un jurisconsulte hollandais, Rodenburg, sous le titre: Du Droit des époux, *de jure conjugum*, en tête duquel a été mis un petit traité du droit qui naît du conflit et de

la contrariété des statuts et des coutumes, traité qui a été traduit, puis commenté par notre auteur dans une série d'observations plus ou moins étendues [1].

En tête de ce traité préliminaire sont énoncés, succinctement et clairement, quarante-neuf principes exposant l'ensemble du droit international privé. Bien que ces principes soient généralement adoptés par notre auteur, sauf quelques modifications, nous citerons de préférence un certain nombre de règles, tirées des observations leur servant de commentaire, parce que ces dernières nous semblent représenter, plus exactement, le dernier état de la doctrine française sous l'ancien régime. Les Hollandais et les Belges adhéraient plus que les Français au principe de la territorialité. Nous nous arrêterons plus spécialement à ce qui tient aux caractères distinctifs des deux principaux statuts, et aux combinaisons dont ils peuvent paraître susceptibles.

Trois questions se présentent : 1° Sous quels aspects apparaît chacun de ces deux statuts ? 2° Peuvent-ils se combiner de manière à former un statut vraiment mixte par les éléments dont il se compose ? 3° Lequel des deux faut-il admettre de préférence, en cas de doute ?

Quant au statut personnel, Boullenois combat, en premier lieu, quelques réalistes qui lui paraissent renfermer ce statut dans des limites trop étroites. Il faut bien se garder de croire, dit-il, qu'un statut n'est personnel 1° qu'autant qu'il règle l'état universel de la personne ;

[1] Boullenois, t. I, préface, p. 29.

2° qu'autant qu'il le règle en faisant complètement abstraction des biens. Il ajoute, toutefois, que les meilleurs et même presque tous les auteurs exigent, pour reconnaître un tel statut, la réalisation de l'une ou de l'autre de ces conditions, et même de l'une et de l'autre à la fois [1]. On doit, suivant lui, distinguer entre le statut qui commande aux choses directement, *primario et per se*, comme disent les auteurs, et celui qui commande directement aux personnes et qui, par conséquent, ne commande aux choses qu'en vertu du droit qu'il a sur la personne. Le premier est réel, le second est personnel [2].

Les statuts personnels particuliers se distinguent des statuts personnels universels, en ce qu'ils ne règlent pas l'état et la capacité dans leur ensemble, mais bien seulement au sujet de quelques points spéciaux. Ils se présentent, d'ailleurs, sous deux aspects différents.

Ces statuts sont purs personnels, quand ils se rapportent à un engagement personnel, au cautionnement, par exemple. Ils doivent, comme le statut personnel général, ressortir leurs effets en tous lieux. C'est dans cette catégorie que l'auteur place, tout particulièrement, le sénatus-consulte velléien. La femme qui s'y trouve soumise par la loi de son domicile porte, partout, cette restriction de sa capacité personnelle. Les engagements qu'elle consentirait sur ses biens participeraient, comme

[1] T. I, p. 42. Il cite spécialement dans ce sens d'Argentré et Bourgoingne, Burgundus, qui sont, en effet, très réalistes.

[2] T. I, p. 189.

accessoires, aux irrégularités de l'obligation principale [1].

Ces statuts sont personnels réels, s'ils traitent d'un engagement portant sur certains biens spécialement désignés, les biens immobiliers par exemple. Ils n'affectent la personne qu'en ce qui a trait aux biens dont il s'y agit. Boullenois les appelle *statuta personalia in rem scripta*. Ces statuts n'étendent pas leur influence hors du territoire où se trouve le domicile. L'auteur explique cette règle en disant que le bien commun des nations n'exige pas que l'état particulier de la personne se porte partout, quand cet état n'a pour objet que quelques fonds.

Une exception doit, cependant, être admise, est-il ajouté, dans les cas où il s'agirait d'une règle ayant sa base dans un motif de piété indispensable, comme s'il était permis exceptionnellement à un mineur de vendre son fonds pour tirer son père d'esclavage. Ce motif doit être considéré comme tacitement admis dans toutes les coutumes. L'extension s'opère alors par voie de fraternité; des dispositions uniformes ne peuvent pas se nuire et se gêner réciproquement [2].

Les statuts réels sont ceux qui régissent directement et principalement les biens, par la seule action de la loi, sans qu'il y soit question du fait de l'homme. Ils ne déploient leurs effets que sur les biens situés dans leurs territoires respectifs. Boullenois représente ce principe

[1] T. I, p. 47, 187 et suivantes.
[2] T. I, p. 5 et 48.

comme généralement adopté de son temps, contre l'avis de Bourgoingne (Burgundus)[1]. L'application de cette règle se faisait principalement en matière de succession héréditaire *ab intestat*; il y avait autant de successions que de biens situés sur des territoires différents.

La controverse sur les statuts mixtes se trouvait tranchée, en quelques mots, dans le seizième des principes que Rodenburg avait énoncés en tête de son traité. Ce principe était ainsi conçu: « Les lois particulières personnelles réelles sont les seules qu'on puisse appeler mixtes, et il n'y en a pas de mixtes dans le sens de d'Argentré, de Burgundus, de Voet etc. »

Dans l'observation qu'il fait au sujet de ce principe, Boullenois revient sur le statut particulier personnel réel, qu'il considère aussi comme mixte. « L'objet de telles lois, dit-il, est de régler la personne et les biens également pour les uns et pour les autres, en rendant certains biens disponibles par la personne et en habilitant celle-ci dans ce but seulement[2]. »

Nous ne voulons pas dire que de pareils statuts ne puissent pas exister en fait, si telle est la volonté de l'autorité souveraine. Nous croyons, toutefois, qu'il y aurait là quelque chose de peu normal et qu'il faudrait généralement rechercher lequel des deux aspects prédomine dans la disposition, lequel a principalement préoccupé le législateur; ce qui aurait, le plus souvent, pour

[1] T. I, p. 25.
[2] T. I, p. 5 et 122, observation 6.

résultat, de classer la disposition dans l'une ou l'autre catégorie.

Boullenois s'applique, ensuite, à réfuter d'autres statuts mixtes proposés par d'Argentré et par Bourgoingne.

Ces questions n'étaient pas les seules qui durent naître de l'action réciproque des deux statuts l'un sur l'autre. Il fallait, en l'absence d'une réglementation précise, éviter, autant que possible, une combinaison d'éléments disparates et difficiles à concilier. On était, ainsi, conduit à se demander auquel des deux statuts il convenait de s'arrêter de préférence en cas de doute.

Ce que nous avons dit suffit à démontrer que ce devait être là une affaire de tendance, et même, en certains cas, de caractère. La lutte resta constamment engagée entre les deux principes. Chacun de ces principes avait ses partisans qui le considéraient comme devant être admis dans le doute.

Nous avons ajouté que c'était souvent affaire de caractère ; c'est qu'en effet, le milieu social dans lequel se formait la doctrine, était bien manifestement dominé par le principe de territorialité. Ce principe se trouvait à la base du droit positif ; s'en éloigner et le combattre pouvait sembler un acte plus ou moins révolutionnaire, on pouvait éprouver quelques scrupules en s'y livrant. La polémique élevée, sur ce chef, entre le président Bouhier et Boullenois est pleine d'intérêt sous ce rapport. Le premier, magistrat haut placé, esprit ardent et résolu, se rattachait hardiment au principe de personnalité ; le second, vivant dans une position plus modeste,

écrivant sous l'influence d'un caractère plus timide, éprouvait de vives sympathies pour ce même principe ; mais il ne le suivait que de loin, dans la crainte de se mettre en désaccord avec le droit positif [1].

Le premier se place résolûment sous l'influence de considérations théoriques. Il est, dit-il, plus naturel que, dans le doute, les choses cèdent aux personnes comme plus nobles, que de faire céder les personnes aux choses; ainsi dans l'ambiguïté du statut, il vaut mieux l'interpréter en faveur de la personne. On ne peut d'ailleurs disconvenir que les lois dont l'exécution est simple et facile ne soient préférables aux autres. Or, telle est la nature de celles qui règlent les biens par la qualité de la personne plutôt que par celle des biens.

« Ces réflexions sont judicieuses et dignes du magistrat qui les propose, répond Boullenois ; mais, 1° ce système combat absolument la décision de nos meilleurs jurisconsultes ; 2° il pourrait être admis si la personne et les biens étaient renfermés sous l'étendue d'une même loi ; mais comme les personnes ont leurs biens répandus sous différentes coutumes, que la coutume de la situation ne saurait commander à la personne et que celle du domicile ne peut pas toujours, et de droit commun, commander aux biens, il faut nécessairement conserver les droits des unes et des autres. Or, dès qu'il y a un mélange de la personne et des biens, et que la nature du statut ne se développe pas suffisamment, il n'y a

[1] T. I, p. 107.

rien de plus naturel que de les régler par la loi de la situation qui, de droit, commande aux biens, si nous ne sommes pas pressés par quelque autre raison supérieure. »

Nous ne craignons pas de le dire : cette timidité de Boullenois nous semble précieuse à constater, parce qu'elle fait pénétrer à fond dans l'état où la doctrine se trouvait de son temps. Ce devait être, en effet, une position pénible que celle des jurisconsultes en pareilles époques. Le droit supérieur et vrai leur apparaissait clairement, mais ils ne pouvaient l'atteindre qu'en s'écartant des règles que leur imposait la doctrine consacrée ; s'adresser au pouvoir législatif était peu praticable, tout particulièrement en ces matières.

Les jurisconsultes de chaque époque pouvaient bien se considérer comme les égaux de ceux dont la doctrine avait été admise ; mais ceux-ci avaient pour eux la possession d'état. Bien des droits pouvaient s'être formés sous l'empire des anciennes idées et des anciennes règles ; il fallait du courage, et une grande confiance en soi, pour agir, directement, sur la pratique dans un sens contraire aux doctrines consacrées.

Nous l'avons déjà vu : le développement de l'action législative et diplomatique fait aux praticiens de nos jours une position bien différente.

33. — Ce que nous avons dit au sujet de la doctrine des statuts, nous semble suffire en vue du but que nous nous sommes proposé d'atteindre ; nous ne pousserons pas cet examen plus loin dans ce moment, sauf à reve-

nir, plus tard, sur les détails qu'il pourrait être nécessaire d'étudier.

Cette doctrine est généralement considérée comme insuffisante : elle est partie de bases trop étroites ; et, ne se développant que sous la pression des plus puissantes exigences de la pratique, elle n'a poussé assez loin ni l'analyse, ni l'esprit systématique. Nous ne saurions, toutefois, refuser notre estime et notre respect aux vaillants champions qui l'ont formée, malgré les puissants obstacles extérieurs contre lesquels il leur fallait lutter.

Ils nous ont transmis une grande et profonde idée, celle d'une compétence naturelle en matière de lois. Etudier et développer librement cette idée, telle est la tâche qu'ils nous ont léguée. Cette tâche se présente sous deux aspects : celui du droit positif qu'il faut suivre et respecter, tout en exposant librement les imperfections qui s'y trouvent, et celui des études spéculatives nécessaires en vue des réformes à proposer pour l'avenir. Le premier de ces aspects doit faire l'objet de cette partie de notre travail. Le second nous occupera plus tard, si les circonstances le permettent.

CHAPITRE IV.

Coup d'œil sur les établissements extra-continentaux de la France.

34. Introduction et division du sujet. — 35. Algérie. — 36. Indes orientales. — 37. Cochinchine. — 38. Consulats, capitulations, traités d'établissement ou de protection. — 39. Echelles du Levant et de la Barbarie. — 40. Organisation judiciaire et tribunaux mixtes en Egypte.

34. — On ne donnerait qu'une idée bien insuffisante de la vie internationale de la France, si l'on ne disait pas quelques mots au sujet des établissements qu'elle a formés hors des limites de son territoire continental en Europe.

Cette existence lointaine intéresse à divers points de vue : en même temps qu'elle est, en quelque sorte, une prolongation de la vie interne, elle ouvre de plus larges horizons, par la rencontre de principes sociaux qui se disputent l'avenir et soulèvent des questions d'un intérêt universel.

Cet aspect de l'histoire se présente dans des conditions différentes, selon que les établissements dont il s'agit naissent et se développent sous l'influence d'une seule et même souveraineté, ou sous l'action complexe de la diplomatie. On désigne généralement la première catégorie par le mot de colonies et la seconde par ceux de capitu-

lations ou traités d'établissement et de protection, actes par lesquels certaines garanties et certains privilèges sont accordés, sur un territoire, aux ressortissants d'Etats étrangers.

La définition que nous avons donnée des colonies pourrait sembler les exclure du droit international ; elles s'en rapprochent cependant par les exigences spéciales auxquelles le droit interne doit y satisfaire.

L'Etat qui implante sa civilisation dans un milieu social fort différent du sien, contracte, par cela même, des obligations d'un genre tout particulier, s'il ne veut pas, en expulsant les indigènes, enfreindre le droit et provoquer des luttes plus ou moins étendues. Il doit organiser et régir le territoire dont il s'est emparé, de manière à ce que les populations diverses appelées à s'y trouver mélangées puissent y vivre en bonne harmonie et, autant que possible, dans un état de liberté et d'égalité. Ces habitants doivent être respectés dans les intérêts, dans les mœurs et les convictions qu'ils tiennent de leurs origines respectives. Il serait difficile de ne pas en faire des catégories ; mais ces catégories ne doivent pas dégénérer en castes ; elles doivent être le moins définitives et le moins fermées qu'il est possible ; il faut qu'elles puissent se répartir, se grouper et même se fondre, suivant les résultats que le temps et la lutte ne manqueront pas d'opérer. C'est une position qui n'est pas sans analogie avec celle que l'invasion du Ve siècle produisit en mélangeant sur le même sol les hordes germaniques et les populations gallo-romaines. Elle soulève, croyons-nous, de plus

grandes difficultés, parce qu'il s'y agit de races plus dissemblables et d'intérêts plus compliqués, se rattachant à des centres différents.

Il n'est pas sans intérêt de savoir comment la France a résolu ce problème. Les colonies françaises auxquelles nous devons nous arrêter, à ce point de vue, sont celles de l'Algérie, des Indes orientales et de la Cochinchine. Le régime de droit personnel devait s'y produire sous des formes diverses.

35. — Conquise par suite de la capitulation du 5 juillet 1830, l'Algérie devait offrir à ses nouveaux maîtres de graves problèmes à résoudre. Nous le dirons avec M. Dalloz : une des grandes difficultés de l'administration en Algérie, on pourrait dire la difficulté fondamentale, car toutes les autres en dérivent, c'est la coexistence, sur un seul et même territoire, de populations tout à fait différentes d'origine, de mœurs, de religion. Il y a, en effet, la population européenne, dans laquelle il faut distinguer les Français et les étrangers ; il y a la population indigène qui comprend les Arabes, les Kabyles habitants des montagnes, les israélites et même les nègres [1].

L'organisation judiciaire et la désignation de la loi compétente pour régir le fond du droit ne soulevaient pas des questions moins importantes et moins difficiles. On s'en préoccupa dès le début, et l'on fut conduit, par la force des choses, à une sorte de régime de droit per-

[1] Dalloz, *Recueil alphabétique*, v. Organisation de l'Algérie, p. 836, n° 187.

sonnel ayant sa base principale dans l'origine de chacun des habitants.

L'acte de capitulation de la place d'Alger garantissait aux indigènes l'exercice de leurs religions. La loi et la religion se trouvant indissolublement liées l'une à l'autre, pour les israélites et pour les musulmans, on en conclut que chacun d'eux restait soumis à la législation que son origine nationale lui attribuait; mais le doute et la controverse ne devaient pas faire défaut quand il s'agirait de tirer des conséquences quelque peu précises de principes aussi vaguement formulés.

L'on en fit d'abord une application très large qui fut écartée, suivant l'avis qui prévaut, par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, statuant sur l'état des personnes et sur la naturalisation en Algérie [1]. Les articles 1 et 2 de cet acte déclarent Français les indigènes musulmans ou israélites ; ils ajoutent que les premiers continueront à être régis par la loi musulmane, et les seconds par leur statut personnel.

Cette disposition, qui manque de clarté, soulève deux questions: 1° en employant des expressions différentes, pour chacune des deux catégories, le législateur a-t-il voulu les soumettre à des règles différentes ? 2° faut-il entendre les mots statut personnel dans le sens général de loi applicable à la personne, ou dans le sens spécial et technique de loi régissant l'état et la capacité de la

[1] Cour de cassation, arrêt de rejet du 29 mai 1865 (Lévy); Dalloz, 1865, p. 482.

personne? Il y eut controverse à ce sujet, en ce qui a trait aux israélites, entre la Cour d'Alger s'arrêtant au sens large et la Cour de cassation préférant le sens technique[1].

Les israélites indigènes des départements de l'Algérie ont été déclarés citoyens français, c'est-à-dire revêtus de la plénitude des droits attachés à ce titre, et soumis au droit français quant au statut réel et au statut personnel, par décret des 24 octobre-7 novembre 1870.

La propriété, cette autre base de l'ordre social, devait également attirer la sollicitude du législateur : nous citerons comme un des principaux documents relatifs à ce sujet, le sénatus-consulte des 22-25 avril 1863 se rapportant aux territoires occupés par les Arabes. Cet acte consolide la propriété en mains des tribus et achemine à en faire le partage entre les fractions de tribus et les individus. Une loi des 26 juillet-7 août 1873 va plus loin : elle déclare que l'établissement de la propriété immobilière en Algérie, sa conservation et la transmission contractuelle des immeubles et des droits immobiliers, sont régis, quels que soient les propriétaires, par la législation française, notamment par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription[2].

[1] Voir spécialement l'arrêt Sébaoum du 31 mars 1874, l'arrêt Zaffran du 16 juin 1869 et l'arrêt Tabet du 5 décembre 1871 ; Dalloz, 1874, p. 299, 1870, p. 198, 1872, p. 313 ; l'arrêt Lévy cité ci-dessus, et l'arrêt Ben-Chimol et Cohen du 14 mars 1877 ; Dalloz, 1877, I, p. 385.

[2] Cette loi de 1873 a été complétée par une loi des 14-15 juillet 1879.

Il était naturel d'accorder aux populations indigènes quelque garantie pour une bonne application des lois nationales sous l'empire desquelles elles devaient vivre. C'est dans l'organisation judiciaire que cette préoccupation se manifesta le plus directement. Il fallait, toutefois, s'attendre à voir se former une sorte de hiérarchie tendant à consacrer, comme droit principal et commun, l'ensemble des règles applicables aux populations françaises et européennes. Il suffisait de formuler telles exceptions que de droit en faveur des autres éléments.

On s'engagea, dès le principe, dans cette voie : suivant un arrêté du 22 octobre 1830, des conseils de guerre devaient juger les crimes et les délits commis contre les Français par les habitants du pays. Les litiges qui s'élevaient entre musulmans, tant au pénal qu'au civil, devaient être soumis au cadi. Ceux qui se produisaient entre israélites, ressortissaient au tribunal des rabbins. Ces deux autorités devaient statuer sans appel, en prenant comme base de leurs décisions les règles issues de leurs religions respectives. Une Cour de justice française prononçait sur toutes les affaires civiles ou commerciales concernant des Français européens ou des étrangers.

Ce n'était là, toutefois, qu'un essai fort insuffisant où plusieurs questions essentielles n'étaient pas prévues : on fut obligé d'y revenir à diverses reprises. Une ordonnance du 10 août 1834, qui réglementa ce sujet d'une manière plus complète, fut suivie d'un nombre considérable de dispositions postérieures dont une simple énumération serait fastidieuse. Nous nous contenterons, en

conséquence, d'indiquer les suivantes pour donner une idée générale de l'état actuel des choses.

Les décrets organiques des 31 décembre 1859 et 13 décembre 1866-3 janvier 1867 ont pour objet l'organisation des tribunaux civils des musulmans dans le Tell [1]. L'article 1, n° 1, du dernier de ces décrets porte : La loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre les musulmans indigènes et entre ceux-ci et des musulmans étrangers, ainsi que les questions d'état. Il est ajouté que si des musulmans déclarent, dans un acte, qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française, il faut s'arrêter à cette loi. C'est la juridiction française qui doit s'appliquer, dans ces cas, sous les modifications indiquées au n° 2. Ce n° 2 porte, entre autres dispositions, que les musulmans peuvent aussi soumettre, d'un commun accord, leurs contestations à la justice française, ajoutant qu'il est statué, dans ces cas, d'après les principes du droit musulman et suivant les formes tracées par le même décret. Un décret des 8 janvier-14 février 1870 organise la justice musulmane sur des bases analogues, pour la partie de l'Algérie située hors du Tell et de la Kabylie, région saharienne.

En ce qui concerne la Kabylie, l'application du droit y a fait l'objet de décrets des 29 août-5 septembre, 10-

[1] Les tribunaux israélites disparurent de bonne heure. Voir spécialement l'ordonnance du 26 septembre 1842, articles 32 et 49.

14 octobre 1874, 13-14 décembre 1879. Les dispositions suivantes se lisent dans le premier de ces actes, article 1: « Les tribunaux de Tizi-Ouzou et de Bougie, et les juges de paix de leurs ressorts, statuant sur les actions civiles et commerciales autres que celles qui intéressent exclusivement les indigènes kabyles ou arabes, ou des musulmans étrangers, appliqueront la loi française d'après les règles établies pour les autres tribunaux et justices de paix de l'Algérie, et sauf les modifications qui résultent du présent décret..... »

Aux termes de l'article 2, le droit musulman ou kabyle continue à régir les conventions civiles et commerciales entre indigènes, arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers, ainsi que les questions religieuses ou d'état, sauf les modifications qui ont pu ou pourront y être apportées. Il est ajouté que la déclaration faite par les parties, lors de la convention ou depuis, qu'elles entendent se soumettre à la loi française, entraîne l'application de cette loi.

Suivant l'article 3, quand il s'agit de procès entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers, soumis à des lois différentes quant à l'objet de la convention ou de la contestation, on doit appliquer, en matière réelle, la loi du lieu de la situation de l'immeuble, en matière personnelle et mobilière, celle du lieu où le contrat s'est formé ou, à défaut de contrat, celle du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation. Si les parties ont indiqué, lors du contrat, à quelle loi elles entendaient se soumettre, cette loi sera appliquée.

L'article 4 dont il n'est pas possible de faire une analyse succincte, par suite de nombreuses références, fixe diversement la compétence des justices de paix, selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre des deux catégories de plaideurs mentionnées ci-dessus. Cette compétence s'exerce, suivant les cas, en premier ou en dernier ressort.

L'article 5 ajoute que dans les contestations entre Arabes le juge de paix sera assisté d'un assesseur arabe; dans les contestations entre Arabes et Kabyles, de l'assesseur arabe et de l'assesseur kabyle. Ces assesseurs ont voix consultative. Dans les matières religieuses et dans les questions d'état, ainsi que dans toutes les contestations sujettes à appel, il faut toujours mentionner, dans le jugement, leur avis sur le point de droit.

L'article 7 règle, suivant la même distinction, la compétence en premier ressort des tribunaux de première instance. Ces tribunaux connaissent, en appel, de tous les jugements rendus, en premier ressort, par les juges de paix ou autres tribunaux inférieurs qui pourraient être maintenus pour statuer entre indigènes ou musulmans étrangers.

Quand il s'agit de litiges entre indigènes arabes ou kabyles, le tribunal civil, siégeant soit en première instance soit en appel, doit être composé de deux magistrats français et d'un assesseur musulman ou kabyle, si les plaideurs sont arabes ou kabyles seulement; s'ils sont arabes et kabyles ou musulmans étrangers, le tribunal sera composé de trois magistrats français et, suivant les cas,

soit de deux assesseurs arabes ou kabyles, ou d'un assesseur arabe et d'un assesseur kabyle. Les assesseurs fonctionnant près les tribunaux ou près la Cour y ont voix délibérative.

L'article 10 porte que les décisions en dernier ressort prises par les juges de paix, les tribunaux civils et la Cour d'appel, appliquant le droit musulman ou kabyle, ne sont pas susceptibles de recours en cassation.

L'article 16 porte que les deux arrondissements ci-dessus mentionnés sont soumis aux mêmes règles que les autres territoires civils de l'Algérie, en ce qui a trait à la poursuite et à la répression des crimes, des délits et des contraventions.

L'organisation et la compétence des tribunaux français de l'Algérie font l'objet d'un décret des 10-11 août 1875.

36. — Les possessions françaises dans les Indes orientales remontent au XVIIe siècle. Elles mettent notre civilisation moderne en présence de l'un des principaux éléments sociaux de l'antiquité, la vieille et mystérieuse doctrine indienne et, plus spécialement, la loi de Manou.

Cette doctrine, où le droit se trouve profondément empreint d'idées religieuses, devait avoir de fortes attaches dans la conscience populaire, il aurait été bien difficile de n'en pas tenir compte. Il fallait rapprocher et mélanger des races diverses, les faire vivre en paix sur le même territoire, tout en respectant les intérêts, les mœurs et les convictions de chacune d'elles; cela devait, nécessairement, conduire à un régime de droit personnel ana-

logue à ceux dont nous avons déjà parlé. Les populations indigènes devaient rester soumises à leurs anciennes lois et coutumes. Quant aux Français et autres Européens, il était naturel qu'ils fussent régis par une sorte de droit commun leur venant de la métropole et dont la coutume de Paris et les ordonnances plus ou moins strictement observées formaient la base principale. C'était une règle généralement, quoique diversement suivie dans les colonies, sous l'ancien régime [1].

Une organisation analogue s'est maintenue de nos jours. Nous n'en reproduirons que les traits généraux : cette réserve nous est d'autant plus imposée que les règles admises ne sont pas toujours identiquement les mêmes dans les divers établissements composant la colonie [2].

Malgré les modifications introduites par des dispositions ultérieures, on doit encore citer comme un des principaux documents se rapportant à ce sujet, une ordonnance des 7 février-19 mars 1842. Cet acte se termine par la déclaration suivante : « Continueront d'être observés les lois, les ordonnances, règlements et arrêtés en vigueur dans l'Inde, concernant les diverses classes d'habitants, sur toutes les matières et juridictions que la présente ordonnance n'a pas réglées. »

Les naturels eurent des tribunaux désignés sous le

[1] Dalloz, *Recueil alphabétique,* v. Organisation des colonies, n° 762 ; Merlin, *Répertoire*, v. Colonies.

[2] Dalloz, *ubi supra*, n° 763.

nom de chaudries, spécialement chargés de statuer sur les litiges s'élevant entre eux et de leur faire l'application des règles de droit qui les régissaient personnellement; mais cette juridiction fut supprimée par ordonnance du 23 décembre 1827 qui en transporta les attributions aux tribunaux de première instance. Un comité consultatif de jurisprudence indienne fut constitué pour fournir aux tribunaux et aux fonctionnaires chargés de l'administration, les renseignements nécessaires sur les questions dont la solution réclame la connaissance de ce droit[1].

Il a été jugé que les indigènes peuvent se soumettre à la loi française, par un acte de leur volonté[2].

Le droit de propriété individuelle fut l'objet de dispositions ayant pour but de le consolider et de le faire de plus en plus sortir des liens qui le retenaient dans la dépendance de l'Etat. Cette matière n'était pas régie par des règles identiques, dans les divers établissements composant la colonie; elle ne donna pas lieu à des mesures portant sur l'ensemble des possessions. Nous citerons comme document à consulter sur ce sujet un décret impérial des 16 janvier-1er février 1854. On y lit ces mots :

[1] Dalloz, v. Organisation des colonies, nos 745 et 746. Un décret des 18 février-5 mai 1880 (*Bulletin*, no 9148) modifie l'organisation judiciaire des établissements français dans l'Inde.

[2] Cour de cassation, arrêt Ramasrapoullé, du 16 juin 1852; Dalloz, 1852, I, 183. Voir aussi l'arrêt Ramassamimodély, du 5 avril 1876; Dalloz, 1877, I, p. 217, et la note.

« A Pondichéry, et dans les districts qui en dépendent, les détenteurs actuels du sol, à quelque titre que ce soit, qui acquitteront l'impôt réglementaire, sont déclarés propriétaires incommutables des terres qu'ils cultivent. »

Les motifs énoncés en tête de cette disposition méritent d'être rappelés; ils sont ainsi conçus: « Considérant qu'aux termes de la législation en vigueur dans l'Inde, les détenteurs de terres situées dans les trois districts de Pondichéry n'en sont pas propriétaires incommutables et qu'ils ne tiennent que de l'usage l'exercice incomplet des droits attachés à la propriété du sol; considérant que la reconnaissance expresse du droit de propriété peut seule attacher le cultivateur au sol et donner à la terre toute sa valeur productive, etc.[1] »

37. — La colonie française en Cochinchine remonte à un traité de paix du 5 juin 1862. Cet acte, issu d'une guerre entreprise par la France et l'Espagne ensuite de persécutions religieuses, porte des traces de son origine. Il y est stipulé que les sujets de la France et de l'Espagne pourront exercer le culte chrétien dans le royaume d'Annam et que les sujets de ce royaume, sans distinction, qui désireront embrasser la religion chrétienne, le pourront librement et sans contrainte; mais on ne forcera pas à se faire chrétiens ceux qui n'en auront pas le désir. L'article 3 cédait, en toute propriété, à la France trois des six provinces qui formaient la Basse-Cochinchine, ainsi

[1] Dalloz, v. Organisation des colonies, n° 766.

que l'île de Poulo-Condor. Cette cession mettait en présence, sur un territoire français, notre civilisation moderne et des sectes religieuses dérivant du bouddhisme.

De nouvelles difficultés étant survenues, la France crut nécessaire, pour conserver et pacifier sa nouvelle colonie, de prendre possession des trois provinces que le roi d'Annam s'était réservées dans la Basse-Cochinchine.

On vit se reproduire un problème analogue à celui qu'il avait fallu résoudre pour les Indes orientales et pour l'Algérie : il fallait faire vivre, en paix sur le même territoire, des populations fort différentes ; on était de nouveau conduit à un régime de droit personnel.

Le décret impérial des 25 juillet-3 octobre 1864, portant organisation du service judiciaire en Cochinchine, statuait que la justice y serait rendue par les tribunaux français et par des tribunaux indigènes. Ces derniers devaient être maintenus tels qu'ils avaient été institués par le Code annamite. Le droit annamite devait régir toutes les conventions et toutes les contestations civiles ou commerciales intervenues entre indigènes ou asiatiques qui n'avaient pas déclaré vouloir se soumettre au droit français. Une telle déclaration rendait la loi et la juridiction françaises compétentes.

Le droit annamite devait également régir, en principe, les crimes et les délits commis par des indigènes ou des asiatiques.

Cette organisation judiciaire a fait l'objet d'un certain nombre de dispositions postérieures. Nous citerons spécialement les décrets des 14 janvier-13 février 1865 ; 10

novembre-14 décembre 1866; 7 mars-28 avril 1868; 10-24 février 1873; 2 juin-20 juillet 1876; 7 novembre-21 décembre 1879; 3-4 avril 1880.

38. — La vie d'aucun peuple ne se renferme strictement sur le territoire qui lui appartient en propre. Des circonstances et des intérêts divers provenant, fort souvent, des exigences du commerce, poussent hors des frontières un certain nombre de nationaux qui séjournent et, bien souvent, se fixent à l'étranger. On les voit, quelquefois, s'y agglomérer et former une sorte de communauté spéciale. La protection dont ils ont besoin leur est accordée soit par leur patrie, soit par l'Etat dont ils occupent le territoire, soit par l'action concertée de ces deux souverainetés.

On appelle consuls toute une catégorie de fonctionnaires établis à l'étranger pour y protéger les nationaux. Sans être chargés d'attributions diplomatiques, dans le sens propre du mot, ces fonctionnaires n'en sont pas moins revêtus d'un caractère public d'une nature assez complexe. S'ils ne représentent pas, dans ses rapports directs avec les autres souverainetés, l'Etat qui les a nommés, ils représentent les droits et les intérêts des nationaux considérés comme tels, individuellement et en tant qu'ils séjournent dans le pays de leur ressort. A ce point de vue déjà, c'est bien d'un intérêt public qu'ils sont chargés. La juridiction qui leur est généralement attribuée sur leurs ressortissants, constitue bien certainement un pouvoir public s'exerçant à l'étranger par délégation et représentation de l'Etat qui l'a conféré. Ce pouvoir ne

peut s'exercer que par une sorte d'exterritorialité, que nous n'hésitons pas à considérer comme la plus grave de toutes. Il n'y a pas là seulement dispense des effets naturels de la souveraineté locale; il y a exercice d'une souveraineté étrangère sur un territoire qui n'est pas directement soumis à sa juridiction. La compétence de pareils agents peut être contestée. Il semble qu'ils doivent être reconnus, autorisés, et pour ainsi dire adoptés, par la souveraineté locale, si l'on veut éviter de pareilles controverses. Il faut agir de telle sorte qu'aucun doute ne puisse s'élever à cet égard. Hâtons-nous d'ajouter que de pareilles concessions faites par la souveraineté locale n'ont absolument rien de dégradant pour elle: c'est faire un bon usage des pouvoirs dont on est investi, que de les employer spontanément à faciliter les rapports internationaux.

La compétence des fonctionnaires diplomatiques ou consulaires ne repose sur aucune base solide en dehors des pays qui l'ont instituée, aussi longtemps qu'elle ne s'appuie pas sur une participation directe de la souveraineté du pays où elle s'exerce.

Les observations qui précèdent ont de l'importance à deux points de vue : elles expliquent les controverses qui se sont élevées sur la nature de ces fonctions et démontrent, jusqu'à l'évidence, l'absolue nécessité de régler, diplomatiquement, avec le plus grand soin et la plus grande clarté, les pouvoirs conférés aux consuls. La juridiction non contentieuse dont ils sont revêtus doit, tout particulièrement, solliciter l'attention. Elle ne peut être

qu'une source de dangers et de mécomptes si on ne l'entoure pas de toutes les garanties nécessaires [1].

Plus sont grands les contrastes qui existent entre les Etats mis en rapport, plus nécessaire est l'institution des consuls ; il ne faut pas s'étonner de la voir acquérir son plus haut degré de développement dans les Etats non chrétiens.

Une tradition, s'appuyant sur des documents dont l'authenticité est contestée, fait remonter ce courant d'idées jusqu'à Mahomet, qui se serait exprimé de la manière suivante dans un acte du 6 octobre 625 : « Mahomet, messager de Dieu, envoyé pour enseigner les hommes et pour leur déclarer la commission divine, en vérité, a écrit les choses suivantes, c'est à savoir que la cause de la religion chrétienne ordonnée de Dieu puisse demeurer libre dans toutes les parties de l'Orient et de l'Occident, aussi bien parmi ceux qui sont du pays que parmi ceux qui en sont voisins, aussi bien parmi ceux qui sont étrangers que parmi ceux qui ne le sont pas [2] ! »

Quoi qu'il en soit de cette tradition, et quelles que soient les idées que l'on adopte sur l'esprit général du Coran, l'islamisme s'est montré généralement enclin à faire des concessions aux sectateurs de la religion chré-

[1] Voir spécialement, sur les difficultés qui se présentent en cette matière, Laurent, *Droit civil international*, t. IV, p. 456 et suivantes.

[2] Voir sur ce document W.-B. Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. IV, p. 106.

tienne. C'est un fait qui semble difficile à méconnaître, sauf à l'expliquer par des considérations politiques, plus que par des tendances religieuses [1]. La conquête trouvait, sur les territoires envahis par elle, des éléments trop solidement établis pour qu'elle ne dût pas les respecter, dans une certaine mesure tout au moins.

François Ier est cité comme le premier roi de France qui obtint de la Turquie des garanties pour l'exercice de la religion chrétienne et pour l'exploitation du commerce, et l'on trouve, depuis lors, une série non interrompue de traités se renouvelant et se développant dans ce sens.

Les concessions ainsi faites par la Turquie sont, fort souvent, désignées par le mot de capitulation, soit qu'il faille y voir des déclarations spontanées ou des clauses stipulées par la diplomatie.

La grandeur des intérêts qui se débattent en de semblables traités, le caractère d'universalité dont ils sont empreints, et la convenance de les entourer des garanties les plus solides, tendaient, naturellement, à en faire l'objet d'une sollicitude commune. Nous en avons deux exemples récents dans le traité de Paris du 30 mars 1856, et dans celui de Berlin du 13 juillet 1878. Les droits généraux de la conscience et de l'humanité y sont placés sous la protection de la politique générale.

Nous terminerons ce court exposé en disant quelques mots de deux faits historiques dont le premier tient

[1] Voir Lawrence, *ubi supra*, t. IV, p. 119.

essentiellement au passé et dont le second semble ouvrir d'assez beaux horizons sur l'avenir. Nous faisons allusion à ce que l'on appelle les échelles du Levant et de la Barbarie et aux tribunaux mixtes récemment établis en Egypte.

39. — On appelle échelles du Levant et de la Barbarie un ensemble de villes ou places de commerce, disséminées sur les côtes des mers d'Orient et sur celles du nord de l'Afrique. Cette désignation semble provenir du vieux mot escale, nom donné à certaines villes maritimes où les vaisseaux abordaient, faisaient escale, suivant l'ancienne terminologie. La France y avait des établissements consulaires sous la protection desquels se développait l'activité commerciale. Il y avait là tout un mécanisme fortement empreint d'un esprit de privilège. On s'y appliquait à poursuivre deux buts qui semblaient alors étroitement unis : prévenir la concurrence et obtenir les meilleurs résultats possibles. C'était une sorte de corporation dont le centre et la base se trouvaient à Marseille et qui ressortissait judiciairement à Aix.

Cette vieille institution devait être battue en brèche par les idées nouvelles: elle fut l'objet de dispositions nombreuses qui finirent par la faire rentrer presque complètement sous l'empire du droit commun. Le nom par lequel on les désigne, dit Dalloz, doit cependant être conservé, parce que, sous le rapport de la législation criminelle, elles ne sont pas régies par le droit général de la France ; elles font spécialement l'objet d'une loi du 28 mai 1836. Ajoutons que les consulats sont conservés et

sont réglés, à la fois, par la loi française et par les traités intervenus avec la Porte.

40. — La réforme récemment opérée dans la justice en Egypte, nous semble très importante au point de vue des rapports internationaux[1]. Elle tend à résoudre, d'une manière heureuse, les principales difficultés soulevées par le régime de droit personnel qui semble s'imposer dans certaines colonies et dans certains établissements à l'étranger. De graves complications s'y présentent nécessairement quand des personnes de nationalités différentes y sont en rapport.

Une vieille règle fait prédominer, dans ces cas, la compétence judiciaire et législative s'appliquant au défendeur. Mais, quelle que puisse être l'autorité de cette règle en théorie pure, il est incontestable qu'elle soulève de nombreuses complications dans la pratique. Ces embarras proviennent soit de ce qu'il n'est pas toujours facile de dire à laquelle des parties les avantages faits au défendeur semblent revenir le plus naturellement, soit des nombreux incidents qui peuvent se produire dans le procès, par appel, intervention, demande reconvention-

[1] Voir sur ce sujet Dalloz, 1865, 4e partie, p. 57, loi relative à la réforme judiciaire en Egypte et documents s'y rapportant ; *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1879-1880, rapport de M. Astrié-Rolland, sur les communications faites par M. Bellet, membre de la Cour d'appel mixte à Alexandrie, en Egypte ; *Annuaire de l'Institut de droit international de Gand*, année 1877, p. 321 ; W. Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. IV, p. 183 et suiv.

nelle, recours en garantie, exception produite ou autrement.

De pareilles difficultés ne pouvaient pas ne pas se révéler; elles furent même prévues dans le traité conclu l'an 1740 entre la France et la Porte.

L'article 52 de cet acte contient cette disposition malheureusement bien insuffisante : « S'il arrive que les consuls et négociants aient quelques contestations avec les consuls et négociants d'une autre nation chrétienne, il leur sera permis, du consentement et à la réquisition des parties, de se pourvoir par devant leurs ambassadeurs qui résident à la Sublime-Porte, et, tant que le demandeur et le défendeur ne consentiront pas à porter ces sortes de procès devant les pachas, cadis, officiers ou douaniers, ceux-ci ne pourront pas les y forcer, ni prétendre en prendre connaissance. » Il paraît que, pour éviter d'avoir à juger eux-mêmes les nombreux différends que ce texte semblait leur renvoyer, les ambassadeurs des grandes puissances convinrent, verbalement, de déléguer leurs attributions à des commissions mixtes, formées selon des règles et des conditions déterminées.

Bien des doutes pouvaient s'élever sur la régularité et sur la portée d'une telle décision. Reposait-elle, en fait, sur des preuves suffisantes? Messieurs les ambassadeurs étaient-ils chargés de juger eux-mêmes ; un tel pouvoir pouvait-il être délégué; s'imposait-il comme juridiction forcée, ou comme arbitrage volontairement accepté? Ces questions devaient aboutir à un arrêt de la Cour d'Aix du 28 novembre 1864 (Pigeon et autres c. Issaverdens

et autres), déclarant qu'il n'y a rien là de forcé [1]. On cite, dans le même sens, un arrêt de la Cour de cassation du 18 avril 1865 (Stiepowitch) [2].

Le besoin d'une solution plus assurée de ces questions devait se faire tout particulièrement sentir en Egypte, où les spéculations commerciales attirent un grand nombre d'étrangers et où bien des difficultés s'étaient élevées en fait.

L'initiative d'une réforme fut prise par le gouvernement égyptien, dans le courant de l'année 1867, et par la présentation d'un projet préparé par Son Excellence Nubar-Pacha, alors ministre des affaires étrangères du Khédive.

Ce projet fut soumis, de part et d'autre, à un examen très approfondi qui conduisit au but recherché.

Dès l'année 1873, la plupart des puissances européennes avaient adhéré à la proposition. La France hésita longtemps: ce ne fut qu'en novembre 1874 que le gouvernement autorisa son représentant à signer le traité, qui ne fut approuvé que par une loi des 17-25 décembre 1875. Les nouveaux tribunaux n'entrèrent en fonction que le 1er février 1876, aussitôt après l'arrivée des magistrats français.

Il a été institué trois tribunaux de première instance et une Cour d'appel. La Cour fut formée de sept magistrats étrangers, appartenant aux sept grandes puissances qui

[1] Dalloz, 1865, II, p. 112.
[2] Dalloz, 1865, I, p. 342.

avaient pris part aux conférences du Caire [1], et de quatre conseillers indigènes. Les tribunaux de première instance présentent aussi une majorité d'étrangers. Le parquet se compose d'un procureur général, d'un avocat général et d'un certain nombre de substituts. Les magistrats étrangers sont nommés par le Khédive sur l'avis et avec l'acquiescement et l'autorisation de leur gouvernement. Ils ont été choisis parmi les magistrats ou les jurisconsultes des puissances qui ont adhéré au traité. Nous ne pouvons qu'indiquer très sommairement les principales règles de compétence.

Ces tribunaux connaissent seuls de toutes les contestations civiles ou commerciales, entre indigènes et étrangers, et entre étrangers de nationalités différentes, en dehors du statut personnel. Ils connaissent aussi de toutes les actions réelles immobilières, entre toutes personnes, même appartenant à la même nationalité étrangère. Ils ont également une juridiction pénale.

La loi dont ils doivent faire l'application, se trouve dans les codes qui ont été présentés par l'Egypte aux puissances intervenues dans le traité. Ces codes sont au nombre de cinq, ayant pour objet le droit civil, le droit commercial, le commerce maritime, le droit pénal et l'instruction criminelle. Ils ont beaucoup emprunté au droit français. Les questions relatives à l'état et à la ca-

[1] L'Allemagne, la France, l'Autriche, la Russie, l'Angleterre, l'Italie et les Etats-Unis. Plusieurs membres supplémentaires y ont été adjoints plus tard.

pacité des personnes, au mariage, à la succession, aux tutelles ou curatelles, étant restées de la compétence du juge du statut personnel, n'ont pas été réglées par le Code civil. En cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, les juges doivent se conformer aux principes de la loi naturelle et de l'équité.

Une disposition finale porte que, pendant cinq années, aucun changement ne devra avoir lieu dans le système adopté.

Après cette période, si l'expérience n'a pas confirmé l'utilité pratique de la réforme judiciaire, il sera loisible aux puissances, soit de revenir à l'ancien ordre de choses, soit d'aviser, d'accord avec le gouvernement égyptien, à d'autres combinaisons.

Nous ne croyons pas nous tromper en disant que cette nouvelle organisation doit être considérée comme un fait d'une très grande importance. Elle ne résout pas seulement un des plus graves problèmes se rapportant à l'action des tribunaux, elle devra nécessairement produire l'unification de certaines parties du droit au sujet desquelles on sera naturellement conduit à s'entendre. Nous ne pouvons que faire des vœux pour qu'elle persiste et s'étende, dans les pays dont la position spéciale paraît réclamer une organisation analogue.

Nous tenons à dire que, malgré tout l'intérêt qu'une pareille expérimentation nous inspire, nous ne voudrions pas qu'on crût qu'un tel état de choses nous semble normal : il ne peut convenir que dans les pays où une grande partie de la population active se compose d'étrangers

dont les principes religieux ou sociaux diffèrent beaucoup de ceux qui prédominent sur le territoire. Nous ajouterons même qu'un tel mode de procéder n'est pas sans danger pour l'Etat sur le territoire duquel il se réalise. Un peuple qui, pour retenir les étrangers sur son territoire, est appelé à légiférer pour eux autant que pour lui-même, peut facilement perdre le sentiment de son indépendance et de son unité. Il semble, en conséquence, convenable de ne pas s'engager trop avant dans ce travail d'unification.

SECTION III.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LE CODE CIVIL ET SUR LES BASES QU'IL A POSÉES EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

41. Code civil et phases par lesquelles a passé la rédaction de l'art. 3. — 42. Limites et rapports respectifs du statut réel et du statut personnel. — 43. Base juridique du statut personnel. — 44. Ordre public international, suivant le Code. — 45. Conclusions sur l'article 3. — 46. Lacunes principales des textes. Enonciations générales à ce sujet. — 47. Compétence des lois étrangères et principe de réciprocité. — 48. Compétence en matière de meubles. Dans quel sens l'ancienne tradition s'est conservée. — 49. Des faits juridiques, des formalités extérieures, des preuves et de la vieille règle *Locus regit actum.* — 50. Nombre et modalité des statuts admis par le Code civil. — 51. Sanction donnée à la compétence internationale. Pourvoi en cassation.

41. — Nous n'avons pas à nous arrêter sur l'époque généralement qualifiée de révolutionnaire ou d'intermédiaire. Cette époque n'a exercé qu'une influence indirecte sur notre doctrine, qui a dû nécessairement recevoir l'empreinte des modifications qui s'opérèrent dans le fond du droit et spécialement dans le travail d'unification qui s'y manifesta dès le principe.

Par suite de cette unification, l'on n'eut plus à se préoccuper que des rapports extérieurs; cela conduisit à prendre la nationalité comme principe prépondérant en

ce qui a trait à l'état et à la capacité personnelle des Français. L'ancienne doctrine resta généralement à la base des dispositions nouvelles[1]. Ce fait ne diminue, toutefois, en rien l'importance des formules consacrées par le Code, tout spécialement en l'article 3, qui est ainsi conçu:

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

« Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

La rédaction de cet article est due, tout entière, à un amendement proposé par le Tribunat et accepté par le Conseil d'Etat, dans sa séance du 29 vendémiaire an XI (21 octobre 1802), par suite d'une conférence officieuse, tenue suivant les formes, dont nous allons parler.

On sait quelles luttes s'élevèrent au sujet du Code civil. Le Tribunat ayant fait prononcer, par le Corps législatif, le rejet du titre préliminaire présenté par le gouvernement, celui-ci crut devoir suspendre l'élaboration du projet. Ce travail fut repris plus tard, après un changement opéré dans l'organisation interne et dans la composition du Tribunat. Ce changement fut complété par l'établissement de conférences officieuses entre délé-

[1] Voir sur ce sujet les autorités citées dans le nouveau Code Sirey, publié par M. Fuzier-Hermann, sous l'article 3 du Code civil, n° 2, et Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, § 31.

gués des deux assemblées, dans le but de chercher à s'entendre sur les projets à présenter au Corps législatif.

Si l'on rapproche la dernière rédaction de l'article 3 de celles qui l'ont précédée, l'on comprend mieux la véritable portée du texte définitif; c'est un sujet sur lequel nous devons nous arrêter quelques instants, ici, sauf à le reprendre plus tard pour les détails.

Cet article 3 correspond aux articles 4 et 5 du titre IV du livre préliminaire que les commissaires du gouvernement avaient placé en tête de leur projet. Ces dispositions étaient ainsi conçues:

« 4) La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire : l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence.

« 5) Le Français résidant en pays étranger continue d'être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France, et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne.

« Son mobilier est réglé par la loi française comme sa personne. »

La dernière de ces dispositions paraissait faire rentrer dans le statut personnel, toute la réglementation de la fortune mobilière des Français, et trancher, dans ce sens, la controverse que nous avons mentionnée plus haut.

Cette partie de l'article a disparu dès le premier projet préparé par la section de législation du Conseil d'Etat, sans être remplacée par une autre disposition. On peut expliquer ce fait en admettant que la réglementation générale des biens meubles, par voie législative, a paru sou-

lever trop de difficultés, et présenter trop de dangers. Il a semblé plus convenable de renvoyer ce sujet à la doctrine juridique. Il est toutefois indispensable d'avoir des règles sur ces matières. C'est une question sur laquelle nous reviendrons plus tard sous une rubrique spéciale.

L'article 4 du premier projet provoqua, de la part du Tribunal d'appel de Grenoble, une observation portant sur ce fait que le texte permettait de considérer les étrangers comme soumis au statut personnel français pendant leur résidence sur le territoire [1].

Cette observation n'est probablement pas restée sans effet sur la première rédaction présentée par la section de législation du Conseil d'Etat, laquelle était ainsi conçue : « Art. 3. La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire. L'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et personnellement en tout ce qui intéresse la police pendant sa résidence. »

Le mot *biens* semble déjà revêtir, dans ce texte, le sens de biens immobiliers, qualification qui lui fut substituée plus tard.

Cette seconde rédaction dégageait, plus que la première, l'étranger de l'application du statut personnel français. Le mot *indistinctement* pouvait encore provoquer le doute, on le fit disparaître par voie d'amendement. Le texte final, proposé par le Tribunat, est encore plus accentué dans ce sens. Cette succession d'amendements, tendant tous au même but, ne permet aucun

[1] Voir page 18 de l'Analyse des observations des tribunaux.

doute : l'étranger n'est pas soumis au statut personnel français ; or, comme il doit en avoir un, ce ne peut être que celui dont il est doué par sa loi nationale. Cette solution paraît généralement adoptée en principe. Mais une règle ainsi consacrée par voie d'exclusion d'une autre, est-elle bien revêtue d'une autorité aussi absolue que si elle eût été formulée en termes exprès et directs ? Cette voie détournée n'a-t-elle pas été choisie, pour laisser une plus grande liberté d'application ? Par quels motifs a-t-on reculé devant une réglementation textuelle ; a-t-on redouté de ne pas y tenir suffisamment compte de l'infinie variété des faits qu'elle devrait régir ; est-ce l'intérêt des nationaux qu'on a craint de compromettre par une disposition expresse et, par conséquent, rigoureusement applicable ? Ce sont là des questions qui ont soulevé bien des controverses. Nous devons nous y arrêter quelques instants, ici, sauf à revenir plus tard, en temps opportun, sur les questions de détail se rapportant à des matières spéciales.

Deux choses résultent clairement de la discussion de l'article 3 dans le sein du Conseil d'Etat : 1° Les étrangers ne devaient pas être soumis aux lois de statut personnel régissant les Français. 2° Le Code garde le silence quant aux règles qui doivent leur être appliquées en cette matière.

Ce silence n'était pas absolument nécessaire : il pouvait être difficile, mais il n'était pas impossible de formuler une règle à cet égard. Un devoir international exigeait qu'on le fît : chaque souveraineté doit énoncer les principes qu'elle entend suivre en ce qui concerne les

étrangers. Les rédacteurs du Code n'ont pas satisfait à cette obligation sociale et n'ont rien dit pour justifier ce silence. Il semble qu'en l'absence de toute autre explication, l'on doive admettre qu'ils ont reculé devant la difficulté de la tâche; sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, ils ont préféré s'en rapporter à la doctrine.

Quant à la question de savoir ce que cette doctrine devait être dans leur intention, la nature des choses conduit à penser qu'ils voulurent conserver la doctrine traditionnelle, combinée, s'il y avait lieu, avec les dispositions nouvelles et les principes de droit commun. Or, sous l'ancien droit, le statut personnel des étrangers restait régi par la loi de leur domicile. A cette ancienne base, la France substituait celle de la nationalité pour ses ressortissants. Il pouvait en résulter la difficulté d'une rédaction nouvelle et spéciale pour les étrangers. Il n'y avait, cependant, rien là de bien embarrassant: les étrangers, ne devant pas être soumis à la loi française quant à leur statut personnel, restaient, nécessairement, sous l'empire de la loi de leur patrie; il incombe à celle-ci de choisir entre les deux principes qui se trouvent en présence, le domicile et la nationalité. Telles sont les bases qui semblent devoir être considérées comme acceptées, en principe, par les rédacteurs du Code et comme conformes au texte.

L'absence de toute formule expressément adoptée n'est cependant pas sans importance: quand une règle est restée dans le domaine de la pure doctrine, il n'y a pas besoin d'un texte y faisant exception, pour qu'on puisse

s'en écarter. La doctrine est libre d'apporter tel tempérament qu'elle estime convenable, aux principes qu'elle s'impose à elle-même. Telle est l'importance du silence gardé par les rédacteurs du Code; mais, il faut ajouter que ce silence ne porte aucune atteinte aux maximes traditionnelles; il permet, seulement, de les interpréter et de les appliquer plus librement, en vue des textes ou des principes qui doivent les dominer.

Les règles de droit commun restent réservées, et au nombre de ces règles, il faut admettre le maintien des étrangers sous leur statut national.

Rien, dans les textes ni dans les travaux préparatoires, n'autorise à dire qu'en gardant le silence, le législateur s'est, tout particulièrement, préoccupé de fournir, ainsi, le moyen de mieux sauvegarder l'intérêt français, encore moins d'indiquer, par là, que cet intérêt devait prédominer sur celui de l'étranger.

Ces questions ne se présentent pas toujours sous le même aspect. Elles se réduisent, dans un grand nombre de cas, à une appréciation de faute; c'est ce qui a lieu, par exemple, quand un étranger âgé de plus de vingt-un ans, mais encore mineur suivant sa loi nationale, contracte en France. Il peut y avoir faute des deux côtés, en telles circonstances; c'est une difficulté qui paraît se réduire à une question d'appréciation. Chacun sait, le plus souvent, à quel âge il est majeur, suivant la loi de sa patrie. Le seul fait qu'il contracte sciemment en âge de minorité, peut le soumettre à l'application de l'art. 1310 du Code civil, portant que le mineur n'est pas restituable

contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. Dans bien des cas, la partie adverse sera en faute, de son côté. Tout semble conduire à faire une appréciation aussi équitable que possible. D'autres fois, la question se complique de difficultés de droit et l'idée de la faute perd considérablement de son importance. Il faut s'arrêter alors à la stricte application des principes [1].

42. — Les changements de rédaction qui se sont produits dans l'article 3 ne sont pas non plus sans importance pour fixer les rapports respectifs des deux principaux statuts. Le texte actuel porte : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » Cette disposition ne semble pas douteuse: elle indique, très clairement, que la loi du statut réel s'applique directement aux immeubles. Ce n'est que d'une manière détournée, par voie de consé-

[1] On peut consulter, sur la prépondérance de l'un des intérêts sur l'autre, un arrêt Lizard, rendu le 16 janvier 1861, par la Cour de cassation, et tout particulièrement une note très détaillée placée sous cet arrêt dans le recueil de Dalloz, 1861, partie I, p. 193, où un grand nombre d'auteurs se trouvent cités et classés en quatre systèmes différents. On peut ajouter à ces auteurs Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 79, n° 47, qui ne tient peut-être pas suffisamment compte de ce que le statut personnel des étrangers n'a été admis que tacitement, par voie détournée et sans réglementation expresse. Nous reviendrons sur les cas où la difficulté se complique d'autres questions de droit, parce qu'il convient de rechercher si le désir de faire prédominer l'intérêt français n'a pas fait dévier de l'application rigoureusement exacte des principes.

quences résultant de son action sur les choses, qu'elle impose des obstacles à la volonté individuelle; ces obstacles sont dans les choses et non dans les personnes; on peut les qualifier d'incapacités réelles. Les deux statuts restent, en conséquence, distincts l'un de l'autre, bien qu'ils puissent, dans certains cas, s'entraver réciproquement dans leur exercice extérieur; c'est ce qui résulte des termes clairs et précis du texte actuel, dont le sens se manifeste avec le plus d'évidence quand on le rapproche des dispositions qu'il a remplacées.

Cette indépendance réciproque des deux statuts considérés en eux-mêmes, conduit aux résultats suivants, qui simplifient considérablement toute cette doctrine, fort obscure et contestée sous l'ancien droit.

1° Le statut personnel a des limites très bien tracées: on ne doit y faire rentrer que les lois se rapportant directement à l'état ou à la capacité des personnes. Ce sont là, en effet, les caractères qui constituent la personne, qui la font être ce qu'elle est réellement; les lois qui les énoncent ont une importance qui leur appartient en propre.

2° Il n'est pas nécessaire, pour qu'une loi rentre dans le statut personnel, qu'elle règle l'état et la capacité d'une manière générale. Rien dans nos textes ne justifie de telles exigences, et l'article 170, qui semble n'être qu'une application de notre article 3, se rapporte à des incapacités spéciales [1].

[1] Demangeat combat, avec raison, l'avis contraire professé par Fœlix, t. I, p. 64.

3° C'est, en ce qui rentre sous la compétence française, dans la plénitude de leur autorité, avec toutes les conséquences qui en dérivent, que les lois nationales suivent les Français à l'étranger : elles régissent leur capacité, tout aussi bien que leur état ; on ne saurait les combiner avec les lois étrangères, pour maintenir la réglementation spéciale par laquelle celles-ci suppléent au défaut de capacité de leurs ressortissants. La loi française est seule compétente, non seulement pour statuer sur l'état de majorité ou de minorité, mais encore pour tirer les conséquences qui doivent en dériver quant à la capacité. Les termes sont absolus, en ce qui a trait au statut personnel.

Les travaux préparatoires et le texte se rapportant au statut réel, conduisent au même résultat. Les deux statuts sont tenus distincts l'un de l'autre. Celui qui a les choses pour objet, nous est représenté comme les régissant directement et ne se préoccupant que d'elles. Il peut s'élever des conflits entre les deux statuts ; mais il n'en reste pas moins vrai que, considéré en lui-même, dans sa nature et dans son action interne, chacun de ces statuts reste homogène et soumis à sa loi : il n'y a plus de statuts mixtes en cette matière.

4° L'indépendance originelle des deux statuts et l'influence réciproque exercée par chacun d'eux sur l'exercice de l'autre, sans en altérer la nature, ne permet plus de refuser la qualification de statut personnel à toute loi qui agit indirectement sur les choses, et celle de statut réel à toute loi qui agit indirectement sur le libre exercice de la volonté.

5° Il nous semblerait difficile d'admettre, sous l'empire du Code, des statuts personnels réels et par conséquent mixtes, dans le sens indiqué par Boullenois et autres auteurs anciens.

Nous croyons qu'il faut vérifier, dans chaque disposition, quel caractère et quelle nature y prédominent, pour la classer dans l'une ou l'autre catégorie.

Nous ne craignons pas de le dire : il serait difficile de résoudre plus de questions en aussi peu de mots que l'a fait la nouvelle rédaction de l'article 3.

43.— Il a été dit, ci-dessus, conformément à la doctrine admise par la presque unanimité des auteurs et des tribunaux, que l'état et la capacité des Français doivent, au regard de la loi française, être régis, en tous lieux, par cette loi. C'est, croyons-nous, le moment de réfuter une fois pour toutes, afin de n'y pas revenir, un système contraire, spécialement professé par MM. Demangeat et Barrilliet [1], admettant qu'il faut encore s'arrêter au domicile comme base en cette matière. L'ancien droit, le mot résidence inséré dans l'article 3, et quelques inductions tirées de l'article 13, sont invoqués à l'appui de cette doctrine.

On ne peut argumenter de l'ancien droit, parce qu'il reposait sur une organisation sociale fort différente de celle sous l'empire de laquelle, et en vue de laquelle, le

[1] Demangeat, dans la 4e édition de M. Fœlix, t. I, p. 58 et 105, et *Histoire de la condition des étrangers*, p. 414; Barrilliet, *Conflits de la loi française*, p. 42.

Code civil a été rédigé. Le domicile y était revêtu d'une haute importance, résultant en particulier de la grande diversité du droit qui en faisait une sorte de nationalité civile.

Le mot résidant peut être pris dans un sens vague et général, ou dans le sens technique et plus précis qu'il revêt par opposition au domicile. Tout doit faire admettre la première de ces alternatives dans l'article 3 : la distinction entre le domicile et la résidence n'avait pas encore été fixée ; la principale portée de la disposition consistait à régler la valeur des actes faits par les Français à l'étranger ; c'était, par conséquent, de la résidence plutôt que du domicile qu'il était naturel de se préoccuper. Conclure de ce que cet article ne mentionne que les Français résidant à l'étranger, qu'une règle opposée devrait s'appliquer à ceux dont le domicile y serait établi, ne peut s'appuyer que sur l'argument *a contrario*, généralement considéré comme faible, à moins qu'il ne soit corroboré par des circonstances spéciales qui font ici défaut : la disposition qu'il s'agit d'interpréter ne se présente pas comme exceptionnelle ; on peut, en conséquence, la prendre dans le sens large qui semble résulter de la nature des choses. Une pareille distinction qui, sous une forme nouvelle, maintiendrait l'ancienne doctrine, aurait dû être énoncée plus clairement ; la première impression qu'on éprouve en lisant le texte est celle d'un changement de système, qui était, d'ailleurs, dans la nature des choses.

L'article 13 ne peut être invoqué dans le sens proposé, que par une sorte de pétition de principe. Il s'ex-

prime de la manière suivante : « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation du gouvernement à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider. » Cet article prouve, dit-on, que la plénitude des droits français est acquise par le domicile. Nous verrons plus tard qu'il faut considérer comme réservée, et renvoyée à l'article 3, la question de savoir par quelle loi ces droits doivent être réglementés; et que l'étranger, restant tel, aussi longtemps qu'il n'a pas été naturalisé, continue à être régi par sa loi nationale, quant au statut personnel.

La combinaison de l'article 3 avec les articles 170 et 999 confirme cette interprétation. Ces deux derniers traitent du mariage et des testaments intervenus à l'étranger, sans distinguer entre le domicile et la résidence.

Les travaux préparatoires indiquent, d'ailleurs, que c'est dans ce sens que l'article a été compris par les hommes les plus compétents :

« Il suffit d'être Français pour être régi par la loi française, » disait Portalis. Il faisait remarquer, de plus, que l'article 170 n'est qu'une application spéciale d'un principe énoncé dans l'article 3. — « Il suffit d'être Français, disait Faure, pour que l'état et la capacité des personnes soient régis par la loi française. » — « Les citoyens ne peuvent être régis personnellement que par les lois de la société dont ils sont membres, » disait Grenier [1].

[1] Locré, *Législation*, etc. sous l'article 3, XVI, 13 ; XVII, 9; XVIII, 8.

Nous ne devons pas nous arrêter à réfuter l'avis des auteurs qui, tels que Fœlix et autres, confondent le domicile et la nationalité [1]. Cela pouvait se justifier, dans une certaine mesure, sous l'ancien régime ; mais il n'est plus permis de faire une telle assimilation sous l'empire du Code. La nature des choses et l'article 13 sainement interprété s'y opposent.

C'est une autre question que de savoir si le domicile des étrangers n'est pas soumis à des règles spéciales, différant de celles qui régissent celui des Français. Nous reviendrons sur ce sujet sous la rubrique s'y rapportant directement.

44. — Nous devons aborder, maintenant, l'étude de la disposition première de l'article 3 du Code civil, portant « que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. »

Il faut y voir une règle s'imposant en termes absolus et s'opposant, par cela même, à toute atteinte qu'on pourrait y porter. La rédaction n'en est pas fort heureuse, sans soulever, toutefois, de bien graves difficultés.

La grande importance de cette règle se fait plus facilement reconnaître dans la dernière rédaction du Code : la phrase s'y énonce directement, comme disposition principale et non, comme précédemment, d'une manière incidente, à titre d'explication.

[1] Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 58 ; Proudhon, édition Valette, t. I, p. 81.

Le législateur a voulu dire qu'il y a des lois dont l'observation s'impose, d'une manière absolue, aux étrangers comme aux nationaux. Il les a qualifiées de lois de police et de sûreté. La signification de ces mots, dont le second a été ajouté par amendement, semble dépasser manifestement les limites du droit pénal proprement dit; il faut les entendre de tout ce qui intéresse le bon ordre et la sécurité sur le territoire.

Bien que l'article ne se rapporte textuellement qu'aux habitants, nous croyons qu'on doit en faire l'application à tous les actes qui se réalisent sur le territoire ; on peut, sans y être présent, y troubler l'ordre, y compromettre la sécurité, même y commettre des crimes. Le législateur s'est plus spécialement préoccupé de ce qui arrive le plus souvent, sans qu'on doive en induire qu'il a voulu se renfermer dans un sens restreint ne donnant qu'imparfaitement satisfaction à ce qu'exigeait le but poursuivi. Il n'y a, d'ailleurs, rien de limitatif dans le texte; on peut, en conséquence, y faire les extensions qui seraient justifiées par les principes ou la nature des choses.

Cette disposition ne fût-elle pas écrite dans le Code, en termes exprès, il n'en serait pas moins vrai qu'il y a des lois revêtues d'une autorité absolue dont le caractère est plus ou moins facile à reconnaître.

Bien que le texte ne s'énonce que sous forme de commandement, il est manifeste qu'il faut également l'entendre dans le sens d'une défense : ces lois absolues s'imposent à tous et s'opposent, par cela même, à ce qu'une

disposition étrangère vienne faire obstacle à leur pleine observation.

La place occupée, dans l'économie du Code, par le texte qui nous occupe, prouve qu'il s'y agit d'ordre public international. Ce sont bien des conflits de législations que le législateur s'efforce d'écarter. L'ordre public interne n'y est en aucune façon mentionné ; c'est seulement dans l'article 6 qu'il s'en agit ; le sujet y est abordé par l'énonciation d'un principe général ayant de nombreuses références à des parties du Code manifestement consacrées au droit purement interne. Il suffit, d'ailleurs, de rapprocher les articles 3 et 6 pour reconnaître, à leurs rédactions respectives, que ce sont des règles fort distinctes.

Il résulte de ce qui précède, qu'il faut repousser l'idée de compléter, d'une manière générale, l'article 3 par l'article 6 et ses nombreuses références.

Les limites qui sont imposées à la liberté individuelle n'ont, en principe et dans le système du Code, aucune influence nécessaire sur l'ordre public international. C'est là une distinction profonde sur laquelle il est bon d'insister quelques instants. Les doctrines modernes ne l'ont pas toujours mise suffisamment en saillie, ce qui produit des confusions d'autant plus faciles que ces deux catégories d'idées présentent certains points de rapprochement.

Les mêmes éléments se trouvent, généralement, à la base des deux ordres publics : développement normal et sécurité de l'Etat, principes supérieurs de sociabilité, règles impérativement imposées par la morale ou par la

religion. Ces bases communes aboutissent également à des résultats extérieurement analogues, se manifestant comme rigueurs exceptionnelles dans l'application de certains principes. Il n'y en a pas moins là une distinction capitale à faire et à maintenir.

L'ordre public interne se développe dans le sein d'une seule et même législation; c'est entre la volonté du souverain non contesté et celles des individus qui ressortissent à lui, qu'il s'agit de fixer des limites. C'est entre souverainetés diverses qu'il faut en tracer, quand il s'agit d'ordre public international. Les textes du Code ont le mérite d'exprimer nettement cette distinction, dont l'importance ne saurait être méconnue. L'exemple le plus frappant qu'on cite pour en démontrer la réalité, se tire des règles suivies au sujet de l'état et de la capacité des personnes. Dans le droit interne cette matière appartient, bien manifestement, à l'ordre public ; la volonté du législateur s'y pose comme exclusivement souveraine; elle n'y a devant soi que des volontés individuelles qu'elle a certainement le droit de maîtriser, d'une manière absolue, dans certains cas.

Les questions se compliquent et se présentent sous d'autres aspects en droit international. Une doctrine, dès longtemps consacrée, veut qu'en principe, ce qui tient à cet ordre d'idées reste soumis, partout, à la loi du domicile, ou à celle de la patrie, suivant le système adopté. C'est là, en premier lieu, une question de compétence internationale, généralement tranchée dans le sens indiqué plus haut.

On reconnaît la convenance d'une telle solution, comme règle générale. Il se peut, toutefois, que la loi étrangère qu'il s'agirait d'appliquer sur le territoire, y froisse des intérêts ou des principes d'un ordre supérieur. On peut être ainsi conduit à suspendre, en pareils cas, l'application de la règle adoptée pour les circonstances ordinaires.

Des considérations analogues peuvent se présenter au sujet de la prohibition de la preuve testimoniale mentionnée aux articles 1341 et suivants du Code civil. On pourrait être tenté de faire rentrer cette règle dans l'ordre public international, où le conflit s'élève entre deux lois dont la compétence respective est généralement fixée par la vieille règle *Locus regit actum*, qui se trouverait exclue. De bien puissants motifs seraient nécessaires pour écarter l'application de cette règle consacrée dès longtemps par les exigences d'une bonne justice. Une très grave controverse s'est élevée sur la question de savoir si les articles 1341 et suivants, cités plus haut, sont d'ordre public interne ou, en d'autres termes, s'ils s'imposent impérativement à la volonté individuelle sur le territoire français placé sous l'empire de ces articles. Il est facile de voir que c'est un tout autre problème que le premier.

Nous sommes ainsi conduit à des idées qui semblent s'éloigner de celles qui ont été professées par M. Laurent [1]. Cela nous paraît tenir aux bases sur lesquelles il

[1] Voir *Droit civil international*, t. VIII, p. 151.

appuie son système spéculatif de droit international privé. Nous avons fait, ailleurs, l'étude critique de ces bases.

C'est un sujet sur lequel nous ne pouvons pas revenir ici; nous devons nous contenter de dire que la distinction présentée plus haut nous semble reposer sur la nature des choses et sur les textes du Code, spécialement sur les articles 3 et 6 rapprochés l'un de l'autre.

Ajoutons que la Cour de cassation semble ne pas faire cette distinction en ce qui a trait à la preuve testimoniale et repousser, en principe tout au moins, en cette matière, l'idée de l'un et de l'autre des deux ordres publics [1]. C'est un sujet sur lequel nous nous proposons de revenir plus tard quant aux détails.

L'ordre public international n'est pas le seul obstacle à l'extension extraterritoriale. Il y a des lois qui se rapportent à des intérêts purement locaux, tels que ceux qui naissent du voisinage et de la réglementation respective des droits de propriété et de servitude. Cette circonstance suffit à elle seule, pour que ces lois ne soient pas appelées à prolonger leur autorité directe hors du territoire qu'elles doivent régir. On ne repousse pas, dans ces cas, l'application d'une loi étrangère parce qu'elle porterait atteinte à l'ordre sur le territoire; on ne fait que reconnaître les limites que cette loi s'est imposées elle-même,

[1] Voir spécialement Cour de cassation, arrêt Benton c. Horreau, du 24 août 1880; et arrêt Mataran, du 17 mai 1870; Dalloz, 1880, I, p. 447, et 1871, I, p. 52.

ou qu'elle reçoit de la nature des choses. Il ne s'agit ici que des effets directs : des réserves doivent être faites au sujet des dommages-intérêts qui pourraient résulter de la non-observation de ces lois sur leur territoire propre. Ces dommages-intérêts pourraient faire l'objet d'une instance en pays étranger.

Il se pourrait aussi que des actes de volonté individuelle étendissent indirectement l'autorité de telles lois hors de leur territoire naturel ; mais il faudrait que ces actes n'eussent rien de contraire à l'ordre public interne. On ne saurait invoquer, dans ce cas, ni la loi étrangère dont l'autorité naturelle expire sur la frontière, ni la volonté individuelle dont l'autorité n'est pas reconnue par la loi locale.

45. — Voici maintenant l'impression générale qui résulte du texte de l'article 3, des travaux préparatoires s'y rapportant et des anciens documents où l'on en trouve, bien certainement, les premières origines.

Cet article se présente comme une codification volontairement incomplète du droit international privé. Les rédacteurs avaient l'ancienne doctrine sous les yeux. Ils y ont puisé trois catégories de règles qu'ils se sont efforcés de formuler avec toute la précision possible et qui portent : 1° Sur des considérations d'ordre public placées au-dessus et en dehors des principes de droit commun en matière de compétence internationale ; 2° sur l'ancien statut réel qu'ils ont resserré dans des limites circonscrites avec précision ; 3° sur l'ancien statut personnel qu'ils ont également défini et circonscrit.

Ces trois formules s'imposent comme réglementation nouvelle, revêtue de l'autorité résultant des dispositions du 30 ventôse an XII, fixant la compétence respective du Code civil et de l'ancien droit. L'ancienne doctrine n'existe plus, en ce qui les concerne, que comme moyen d'interprétation historique, ou de développement logique.

Quand on étudie l'article 3 et les autres dispositions du Code civil se rapportant à notre sujet, on se trouve transporté dans un milieu tout autre que celui dont on retrouve les traces dans les documents anciens. L'action législative et la codification se sont substituées à l'exposition doctrinale précédemment adoptée ; c'est la loi qui parle et qui s'impose dans les limites de sa compétence. Cette compétence la préoccupe avant tout; c'est à ses propres fonctionnaires ou magistrats qu'elle s'adresse : elle ne peut plus, comme l'ancienne doctrine, se placer en dehors et au-dessus des droits locaux, pour s'efforcer d'y mettre de l'harmonie, en les dominant dans leur ensemble. Cette tâche appartient désormais à la doctrine spéculative.

La transformation qui s'est opérée dans les textes, doit nécessairement influer sur la manière de les interpréter. C'est un sujet sur lequel nous aurons à revenir[1].

46. — Malgré la grande habileté mise, par les rédacteurs du Code, à écarter d'anciennes controverses, par quelques formules rédigées avec soin, l'on doit recon-

[1] Voir sur ces questions l'intéressante étude de M. Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880.

naître, dans leur œuvre, des lacunes considérables dont il est impossible de ne pas se préoccuper.

Nous avons déjà vu qu'aucun texte ne dit expressément par quelle loi doit être régi le statut personnel des étrangers; les travaux préparatoires nous ont seulement fourni quelques indices à cet égard.

Ce n'est malheureusement pas le seul cas où l'on voudrait trouver plus de développement dans les textes; on peut en citer d'autres exemples.

L'article 3 du Code ne contient aucune disposition directe sur la compétence des lois étrangères, et ce sujet n'a fait que bien rarement l'objet de règles spéciales.

La compétence relative aux valeurs mobilières a été passée sous silence, même en ce qui a rapport au droit français.

Le vaste domaine des faits juridiques manque aussi des règles nécessaires. La vieille maxime *Locus regit actum* n'a pas été maintenue textuellement et l'on en trouve seulement quelques vestiges se rapportant aux formalités extérieures des actes. Combler ces vides dans la mesure du possible est la partie principale de la tâche qui nous incombe.

L'étude que nous allons faire des lacunes signalées comme principales, nous conduira naturellement à découvrir quelques moyens d'y remédier en partie; nous voulons exposer, avant tout, quelques observations générales tendant à ce but.

Les textes où la volonté du législateur s'est exprimée directement, doivent être mis à contribution, préférable-

ment à tous autres moyens. Ce qu'il sera possible d'en faire ressortir par les procédés ordinaires d'interprétation, doit être accepté suivant le degré d'autorité revenant à chacun d'eux.

La tradition, c'est-à-dire les anciennes doctrines le plus généralement acceptées dans le dernier état de l'ancien droit, mérite d'être prise en très sérieuse considération, puisqu'il est certain que les rédacteurs y ont puisé et s'y sont référés. Mais on ne doit l'accepter qu'avec prudence; elle n'était pas unanime, il faut en prendre ce qu'elle avait de régulier et s'efforcer de la mettre d'accord avec les principes consacrés par le droit nouveau, et par les formules nouvelles représentant l'ancien, tel qu'on a voulu le conserver.

Il convient, en premier lieu, de se rendre compte de la position prise par les rédacteurs. Ils ont procédé par voie de codification pour certaines parties qui leur paraissaient pouvoir être définitivement fixées; et par voie de référence à une doctrine plus ou moins élastique, pour les autres. Il faut s'efforcer de combiner ces deux parties, tout en restant fidèle aux principes mis hors de doute.

Si le législateur s'est abstenu de réglementer lui-même un sujet, il faut admettre que ce n'est pas pour favoriser l'arbitraire, ou tel intérêt préférablement à tel autre, qu'il l'a fait, mais bien au contraire, pour faciliter la juste application des règles aux circonstances imprévues et diverses qui peuvent se présenter.

47. — Le Code civil s'est trop rigoureusement renfermé dans l'énonciation de sa propre compétence. On

ne peut s'empêcher de regretter qu'il ne se soit pas exprimé plus largement, au sujet de celle qu'il entend accorder, sur son territoire, aux législations des pays étrangers. C'est une lacune dont les nationaux eux-mêmes ont à souffrir; on se demande par quels moyens il serait possible de la combler.

Le principe de réciprocité se présente naturellement à l'esprit, comme pouvant satisfaire à ce besoin [1]. Ne doit-on pas admettre qu'en édictant, pour ses ressortissants, des règles dont l'observation complète suppose, presque nécessairement, le concours des étrangers, le législateur s'engage, implicitement, à prêter lui-même un tel concours à l'extension des lois étrangères ?

L'importance spéculative d'un tel principe ne saurait être méconnue ; mais il faut n'y recourir qu'avec prudence.

1° On ne peut en faire l'application sans supposer que les étrangers ont été traités à l'égal des nationaux, au sujet du droit spécial dont il s'agit. Il y a là une vérification à faire.

2° Cette règle d'interprétation se trouvait implicitement comprise dans les formules de l'ancien droit coutumier. Ces formules, par cela même qu'elles se présentaient comme doctrines, s'énonçaient en termes généraux et devaient être interprétées dans ce sens, puisqu'elles statuaient par voie de maximes applicables de part et

[1] Voir, dans ce sens, page 34 de l'ouvrage de M. Barde cité plus haut.

d'autre. Prises en elles-mêmes, les règles ainsi consacrées s'appliquaient aux étrangers comme aux nationaux. La science n'a pas de patrie, elle est la même pour tous. L'action législative ne procède pas toujours avec la même largeur et la même impartialité. Elle peut être assez naturellement portée à se préoccuper trop exclusivement de ses propres ressortissants, de son propre territoire et de ce qui fait l'objet ordinaire de sa compétence. Il y a là encore une vérification à faire.

3° Les législatures, ne procédant que trop souvent chacune à part et dans l'isolement, peuvent facilement ne pas s'entendre et aboutir à des résultats différents. Il est, par conséquent, nécessaire de combiner ensemble les règles adoptées par les lois qui se trouvent en présence. C'est ainsi, par exemple, que la loi française doit, semble-t-il, par réciprocité du § 2 de l'article 3 du Code civil, admettre la loi de la situation comme compétente quant au droit de succéder aux immeubles situés hors de son territoire. Il est possible, toutefois, que cette compétence lui soit renvoyée par la loi de la situation, soit parce que la personne décédée était française, soit parce qu'elle avait son domicile en France. C'est ce qui peut avoir lieu, par exemple, aux termes du Code civil italien et de la doctrine qui semble prévaloir en Allemagne; ils adoptent le premier la nationalité et la seconde le domicile comme base de ce droit.

48. — Nous avons déjà dit que l'article 3 du Code civil garde le silence au sujet de la loi régissant les valeurs mobilières.

Le § 2, qui paraît spécialement consacré au statut réel, ne parle que des immeubles; faudrait-il en conclure, avec M. Laurent[1], que ce sujet se trouve, par cela même, classé dans le statut personnel, et que les rédacteurs ont entendu conserver comme principe la disposition de l'article 5 du premier projet, bien qu'ils en aient rejeté le texte, comme trop exclusivement doctrinal ?

Nous sommes en présence d'une discussion fort obscure, sur laquelle nous ne devons pas craindre de nous arrêter quelques instants.

Nous avons déjà vu qu'il existait, sous l'ancien droit, deux écoles qui, bien que partant ou pouvant partir de bases différentes, aboutissaient à des conclusions communes : la loi du domicile était, généralement, tenue pour compétente en matière de meubles. Cela paraissait tout particulièrement vrai, quand on considérait ceux-ci comme faisant partie d'un patrimoine formant un ensemble.

C'est par l'intermédiaire de la personne qu'on arrivait à ce résultat commun, mais la voie suivie n'était pas la même; et, malgré des analogies extérieures, il n'y en avait pas moins là deux systèmes diamétralement opposés. Ils rentraient l'un dans le statut réel et l'autre dans le statut personnel.

Les partisans du premier étaient conduits à prendre le

[1] *Droit civil international*, t. II, p. 275, à combiner avec t. VI, p. 239, et t. VII, p. 165. Voir plus haut, p. 95, le texte de l'ancien article 5 cité ci-après.

domicile comme base de leur doctrine, parce qu'ils considéraient le patrimoine mobilier comme concentré et fixé au domicile du titulaire. C'était encore à la loi de la situation qu'on s'arrêtait, en fait de meubles ; on restait ainsi dans le statut réel, dans la mesure et de la manière que la nature des choses paraissait le réclamer. C'était, si l'on veut, une fiction, mais cette fiction reposait sur l'idée même du domicile dont elle n'était que l'application directe et comme une conséquence de la définition qui en avait été donnée par le droit romain : « *Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit* [1]. » Cette fiction se recommandait, en outre, par le fait qu'elle laissait au statut réel la prépondérance qui lui était alors le plus généralement attribuée, et qu'elle maintenait, de la sorte, l'unité dans la doctrine.

Les partisans du second système différaient de ceux du premier, par des nuances qui, en fait, ne sont pas très faciles à déterminer. On parlait d'une sorte d'adhérence de la fortune mobilière à la personne physique du propriétaire. C'était bien encore là une fiction, moins facile à justifier que celle du domicile, qui s'appuyait sur une règle de droit [2].

[1] Code, livre 10, titre 39, *De incolis*, 7.

[2] Voir sur l'ancien droit Boullenois, *De la personnalité*, t. I, p. 223 ; Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, nos 21, 23 et 24 ; de Ferrière, *Dictionnaire*, au mot Meuble.

Si, maintenant, dans le silence du Code, on doit penser que les rédacteurs ont voulu conserver l'ancienne tradition, l'on ne peut se dispenser de choisir entre les deux systèmes qui se trouvaient en présence, opposés l'un à l'autre, bien que conduisant à un seul et même résultat.

Si nous en étions réduit là, nous n'hésiterions pas à choisir le premier, comme plus solidement établi sur le droit et sur les principes qui prédominaient à cette époque.

Dire, avec M. Laurent, que les meubles n'étant pas mentionnés dans la formule consacrée au statut réel, doivent être considérés comme en ayant été exclus, ne nous semble pas possible. Cet avis ne s'appuie que sur un genre d'argument généralement faible, et qui nous semble infirmé par les considérations suivantes :

1° Les valeurs mobilières ne se trouvent pas non plus mentionnées dans la formule relative au statut personnel. Bien plus, la proposition faite de les y introduire, a été repoussée.

2° En ne disant rien, les rédacteurs du Code ont très probablement entendu vouloir conserver l'ancienne règle. Or, l'ancienne règle admise par tous, s'arrêtait au domicile comme base ; il faut supposer qu'on a choisi celui des deux anciens systèmes qui permettait de maintenir ce résultat commun, par préférence à celui qui semblait réclamer une modification de l'ancienne formule.

3° On ne doit pas oublier, en effet, que cette vieille tradition, qu'on représente comme maintenue, réclamait

une rédaction nouvelle, pour être mise d'accord avec le nouveau principe consacré comme base du statut personnel, et pour s'encadrer convenablement dans la formule servant à consacrer ce principe. Cette rédaction a été proposée et rejetée; c'est même la seule disposition de l'ancien article 5 qui ait complètement disparu. Il semble difficile de penser qu'en repoussant le texte, on ait voulu retenir l'idée qu'il exprimait.

4° Qu'on se reporte à l'année 1803 et qu'on se demande si l'idée de faire rentrer la fortune mobilière dans un statut personnel soumis à la loi de la patrie, n'était pas nouvelle et d'une exécution difficile, dans un milieu social où prévalaient des principes bien différents. Ce changement aurait-il été consacré sans discussion et sans autre document direct que le rejet de la formule proposée pour le faire admettre expressément?

5° Une modification pareille aurait, bien certainement laissé des traces nombreuses dans les textes. Non seulement ces traces n'existent pas, mais encore, l'ensemble des règles adoptées suppose le maintien des anciennes règles sur le domicile et la fortune mobilière.

Le domicile conserve une large influence en cette matière; c'est encore au dernier domicile du défunt que s'ouvre la succession et qu'est le point central où les valeurs mobilières sont censées réunies (Code civil, articles 102 et 110 combinés avec l'article 59 du Code de procédure civile).

C'est là que s'opère l'ensaisinement de l'héritier par son auteur, et que doivent être accomplies les principales

formalités relatives à l'acceptation ou au refus de la succession (Code civil, art. 784 et 793). Le domicile conserve une grande importance en matière de faillite et de régime des biens entre époux. Nous ne présentons pas ces arguments comme directs et bien puissants, mais nous ne croyons pas qu'ils soient sans importance aucune.

On comprend, d'ailleurs, pourquoi l'on a reculé devant l'idée d'énoncer textuellement le principe du domicile comme base de la fortune mobilière: parce qu'il aurait fallu y ajouter une réglementation difficile à formuler. Ces valeurs ne sont pas toujours considérées comme faisant partie d'un patrimoine ; elles peuvent se trouver engagées dans des conditions fort diverses; elles peuvent même appartenir à plusieurs patrimoines, à l'un comme créances, à l'autre comme dettes. On a préféré renvoyer ces difficultés à la doctrine, tout en conservant une base plus ou moins mobile; il n'y a rien là de bien insolite.

Nous retrouverons ces questions quand nous aurons abordé l'étude des détails, et nous verrons qu'elles sont généralement résolues dans ce sens que les valeurs mobilières sont régies par la loi du domicile comme parties intégrantes du patrimoine, et par loi du lieu où elles se trouvent individuellement engagées dans tel ou tel rapport spécial. Cette distinction nous paraît être dans la nature des choses. Elle peut même, croyons-nous, s'appuyer sur des considérations d'ordre public, réclamant le respect de droits accordés sur certaines valeurs par la loi de leur situation. Ces droits peuvent être considérés,

dans bien des cas, comme faisant sortir du patrimoine de leur propriétaire les valeurs qui en sont atteintes [1].

Marcadé va certainement trop loin quand il repousse l'idée d'un tel patrimoine au sujet des valeurs mobilières et veut que celles-ci soient toujours régies par la loi de leur situation effective. Ce système, qui peut avoir eu des partisans plus ou moins nombreux sous un régime de rigoureuse territorialité, est contraire au principe d'unité de succession proclamé dans l'article 732 du Code civil. Ce principe a bien été écarté pour les immeubles en droit international, mais rien ne constate qu'il en soit de même au sujet des meubles.

49. — Nous avons déjà vu pourquoi la doctrine des faits juridiques n'acquit pas, sous l'ancien droit, un développement scientifique bien considérable. Elle y était, cependant, représentée par un statut spécial, mal qualifié d'ailleurs et s'énonçant en une formule assez vague, pour qu'il ne fût pas facile d'en reconnaître, avec précision, la véritable portée. Les formalités instrumentaires en étaient l'objet le plus apparent et le plus usuel; il y a lieu d'admettre, toutefois, que la règle s'appliquait également aux

[1] L'on trouve dans le nouveau Code annoté, publié sous le nom de Sirey, une très riche réunion de documents se rapportant à ce sujet compliqué, article 3, nos 54 et suivants. Nous rappelons qu'en pareille matière, le sens des mots *statut réel* et *statut personnel* doit être soigneusement vérifié, par suite des inexactitudes de terminologie que nous avons mentionnées plus haut et qui consistent à qualifier personnelles toutes les règles s'écartant d'une stricte territorialité.

conditions internes et à la substance des actes; cela ressort, tout au moins, des expressions employées par quelques auteurs.

On comprend que les rédacteurs du Code, trouvant cette doctrine aussi peu développée et précisée, n'aient pas cru facile de la convertir en un système fixé et réglementé, dans son ensemble, par la loi.

Il n'y en a pas moins là de puissantes nécessités pratiques et théoriques auxquelles on doit s'efforcer de satisfaire. Il faut, avant tout, se faire des idées aussi exactes que possible de la position prise, à cet égard, par les rédacteurs du Code. Le meilleur moyen d'y parvenir est de rechercher quel a été le sort de la vieille règle *Locus regit actum*.

Cette règle ne s'est produite qu'en termes réduits et précis, dans le premier acte des travaux préparatoires se rapportant au Code civil.

Le projet élaboré par les commissaires du gouvernement portait, au titre 4 du livre préliminaire, un article 6 ainsi conçu: « La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. »

La partie la plus abstraite et la plus difficile de cette vieille maxime, celle qui se rapportait, ou pouvait se rapporter, aux conditions internes, à la substance et à la vraie portée des actes, en avait été retranchée. Il ne s'agissait plus que de formes extérieures : la question se posait dans les termes les plus simples et les moins contestables, en apparence [1].

[1] C'est déjà sous cette forme simplifiée que Pothier présentait

Cette disposition a disparu des textes après avoir été adoptée par le Conseil d'Etat et par le Tribunat. Elle semble avoir été retranchée par le gouvernement, immédiatement avant la présentation du projet au Corps législatif, sans qu'il ait été donné des explications officielles à cet égard.

Les exposés de motifs prouvent bien, par l'ordre des articles cités, que celui dont il s'agit avait été retranché ; mais ils ne s'énoncent pas sur les causes de ce changement [1].

Il est probable qu'on reconnut, au dernier moment, le bien-fondé des observations faites précédemment par le Tribunat, objectant que cet article appartenait à la doctrine plus qu'à la loi, qu'il était vague et conçu en termes bien généraux [2].

Les textes confirment ces conjectures : la règle originaire ne disparut pas complètement ; elle fut remplacée par des dispositions spéciales dérivant du même principe (articles 47, 170, 999, auxquels il faut ajouter l'art. 1317, s'il peut être pris dans un sens international). On se demande quelle doit être la conséquence de ce fait.

cette règle, *Introduction générale aux coutumes*, ch. I, § 3. D'autres auteurs en faisaient une application plus large. Voir Boullenois, *Observations*, 23 et 46.

[1] Voir Locré, *Législation civile* etc., titre préliminaire, notice historique et nos XIV à XVIII.

[2] Voir spécialement les discours prononcés par les tribuns Andrieux, les 3 et 14 décembre 1801, et Thiessé, le 15 décembre 1801.

Il semble, au premier coup d'œil, qu'on doive dire que la règle a été rejetée comme telle et qu'il faut s'en tenir strictement aux dispositions spéciales qui lui ont été substituées. Nous ne saurions admettre l'avis de Locré, tendant à ne voir dans ce changement qu'une transposition de place : « La discussion, dit cet auteur, dans la notice historique mise en tête du titre préliminaire, a fait tomber de cette partie du projet deux articles, dont le premier concernait la validité des actes passés à l'étranger. Dans la première discussion, au Tribunat, on avait attaqué et défendu cet article, au fond, dans sa rédaction et dans son classement ; mais il n'a été retranché du titre préliminaire que sous ce dernier rapport; on a pensé qu'il convenait de le placer ailleurs. Ses dispositions, en effet, se retrouvent dans les articles 47 et 1317 du Code. »

Si la formule précédemment adoptée avait été transportée, sans autre changement, dans une autre partie du Code, il faudrait rechercher quel effet une telle transposition devait avoir sur le sens; mais, en fait, la règle a été transformée, dans le texte, en dispositions spéciales d'une portée beaucoup moins générale, ne se rapportant qu'à certaines catégories d'actes ; ce qui semble s'opposer à ce qu'on lui conserve les mêmes effets que si elle eût conservé sa rédaction première.

Nous ne pensons pas, toutefois, qu'on doive la considérer comme exclue, d'une manière absolue, en dehors des dispositions qui l'ont admise textuellement. La vérité nous paraît être entre les deux extrêmes, dans des limites

que nous voudrions fixer avec quelque précision, si possible.

Ces limites nous semblent se trouver dans la distinction qu'il est naturel de faire entre la loi et la doctrine, distinction que nous avons déjà signalée plus haut, et qui devait se présenter d'autant plus fréquemment à l'esprit des rédacteurs du Code, qu'ils entraient dans une voie nouvelle, difficile et périlleuse : la réglementation du droit international privé par la loi. Il n'y a certainement pas lieu de s'étonner qu'ils aient reculé devant certaines parties de leur tâche qui leur paraissaient trop ardues.

Bien que la vieille règle *Locus regit actum* leur fût présentée dans une formule plus restreinte et plus précise, il n'y en avait pas moins là de nombreuses questions à résoudre ; on pouvait même se demander s'il convenait d'adopter cette formule ainsi réduite ; ce qui pouvait être pris dans le sens du rejet des autres solutions plus ou moins généralement comprises dans l'ancienne.

Il n'y a pas lieu de s'étonner de ce que les rédacteurs placés en face de questions qu'il leur semblait possible de résoudre législativement, sans compromettre les exigences d'une bonne pratique, se soient efforcés de satisfaire à cette partie de leur tâche ; et que, pour le reste, ils l'aient laissé dans le champ de la doctrine. Cela ne veut pas dire qu'ils aient repoussé les anciennes règles ; mais bien seulement, qu'ils ont refusé de les convertir en lois revêtues de l'autorité impérative qui s'attache, naturellement, à ce genre de dispositions. Cette explication

paraît d'autant plus acceptable qu'on la voit se reproduire, plusieurs fois, sous des formes et à des degrés différents dans notre doctrine.

Ce n'est, il est vrai, que sous la forme, et dans les limites des nouvelles dispositions, que l'ancienne règle a été consacrée législativement, et qu'elle doit être rigoureusement observée comme telle ; mais elle demeure, quant au reste, comme règle doctrinale, dont l'application, sans être imposée en termes exprès, n'en doit pas moins être admise, quand elle semble suffisamment justifiée par les circonstances.

Les dispositions textuellement formulées se rapportent à des actes généralement authentiques et d'une nature spéciale. Elles devront s'appliquer, suivant les règles ordinaires, à tous les cas rentrant directement sous leur empire. On pourra recourir, pour les autres cas, à l'analogie ou à l'induction, suivant les circonstances. Toutes les questions de preuves écrites ou testimoniales rentrent, plus ou moins directement, dans ce genre de problèmes.

C'est dans le sens du maintien de l'ancienne doctrine, que la jurisprudence et les auteurs se sont généralement prononcés; nous aurons souvent l'occasion d'en citer des exemples [1].

C'est, croyons-nous, la vieille règle qui a été conservée

[1] On trouve, à cet égard, de nombreuses citations dans le nouveau Code Sirey, sous l'article 3, § 6. Voir aussi l'arrêt Benton c. Horreau, rendu par la Cour de cassation le 24 août 1880; Dalloz, 1880, t. I, p. 447.

telle qu'elle se présentait sous l'ancien droit, avec tous les problèmes qui s'y trouvaient renfermés au sujet des conditions internes et de la substance des actes. Ce dernier aspect du sujet a été plus entièrement réservé que l'autre, puisqu'il n'a pas même été envisagé. Ce sont là, d'ailleurs, des questions qui se posent et doivent être résolues, qu'il y ait ou non des textes (article 4 du Code civil).

Nous y reviendrons plus tard sous les rubriques les concernant plus directement. Nous ne devons nous occuper ici que des règles générales se rapportant aux formalités extérieures dont les actes doivent être revêtus.

Ces formalités s'offrent à notre étude sous quatre aspects différents : comme preuves, comme solennités substantielles, comme mesures de publicité et comme formalités habilitantes.

I. La question de savoir quelle loi doit régir les preuves peut être diversement résolue, suivant les idées que l'on se forme sur la nature de cet élément de droit, et sur la place qu'il occupe dans l'ensemble du système.

Les dispositions se rapportant à ce sujet ont souvent été considérées comme appartenant à la procédure et comme devant, en conséquence, rentrer sous la compétence de la loi de l'Etat sur le territoire duquel le procès se démène. C'était, en particulier, l'avis de notre ancien maître, M. Mittermaier [1]. De puissantes considérations

[1] *Archiv für civilistische Praxis*, t. XIII, p. 315. Voir, dans un sens différent, Laurent, *Droit civil international*, t. VIII, p. 40, plus spécialement p. 81.

paraissent appuyer cette solution. Les preuves ne sont-elles pas destinées à agir sur la conviction du juge? N'importent-elles pas, comme telles, à la bonne administration de la justice; et chaque souveraineté ne doit-elle pas veiller à ce qu'il en soit fait un bon emploi sur son territoire?

Il semble difficile de ne pas donner une réponse affirmative à chacune de ces questions. On ne saurait méconnaître un tel principe de compétence, mais il n'existe pas seul et doit se combiner avec d'autres. Il faut bien le dire: la doctrine de la preuve présente une grande complication. C'est un sujet plus ou moins mixte de sa nature: il faut s'efforcer de le saisir, autant que possible, dans son ensemble; nous devons nous y arrêter quelques instants, ici, sauf à y revenir plus tard quant aux détails.

On appelle les preuves directes, quand elles résultent de documents se rattachant, sans intermédiaire, au fait dont l'existence doit être constatée. Elles sont indirectes et désignées comme présomptions, quand l'existence du fait à prouver s'induit de celle d'un autre fait, déjà prouvé ou tenu pour tel.

Les premières se subdivisent en preuves préconstituées, soit préparées d'avance en vue des effets juridiques devant en dériver, et preuves non préconstituées, dues à des circonstances plus ou moins fortuites.

Les présomptions se distinguent en légales, quand elles sont formulées directement par la loi, et judiciaires quand elles émanent de la magistrature.

Si nous recherchons quelle est la loi compétente au sujet de chacun des éléments qui viennent d'être énumérés, voici les résultats auxquels nous sommes conduit.

Les preuves directes, qu'elles se présentent seules ou comme bases de présomptions, tiennent au fond du droit plus qu'à la procédure. Cette appréciation paraît bien manifestement adoptée dans les documents du droit positif français ; cela résulte, soit de ce que les preuves sont exposées dans le Code civil et le Code de commerce, plutôt que dans le Code de procédure, soit de ce que les textes en parlent comme de véritables droits acquis aux parties.

On les considère, généralement, comme rentrant sous la compétence de la loi du lieu où elles se forment. D'impérieuses nécessités pratiques exigent qu'il en soit ainsi ; la bonne organisation de la justice ne permet pas que l'effet en dépende de chances aléatoires engageant le procès sur tel territoire plutôt que sur tel autre. C'est ici que s'applique, généralement, la vieille maxime *Locus regit actum.*

Remarquons, toutefois, que la preuve, n'étant qu'un fait juridique auxiliaire ou accessoire, peut ne pas rester toujours rigoureusement et uniquement soumise aux règles qui lui sont propres : elle peut subir l'influence du statut dans lequel rentre le droit auquel elle se rapporte. Nous en trouverons bien des exemples dans le cours de ces études.

Cette dépendance de la preuve est tout particulière-

ment vraie, quand il s'agit de présomptions légales. On se trouve, en ce qui les concerne, dans le domaine du droit, plus que dans celui des faits. La loi compétente sera celle sous l'empire de laquelle se trouve placé le rapport de droit qui fait l'objet du litige. Cette loi peut être appelée à réglementer les preuves qui doivent établir les faits servant de bases aux droits sur lesquels elle statue.

La principale question soulevée par la vieille règle citée plus haut, consiste à se demander s'il faut la considérer comme absolue, dans ce sens qu'on devrait repousser tout acte que la loi du lieu où il est intervenu déclarerait nul à la forme.

Disons, d'abord, que cette question paraît se présenter sous deux aspects différents, selon qu'on s'arrête aux dispositions textuelles insérées dans le Code, ou à ce qui est resté dans le domaine de la doctrine.

Nous ne devons nous arrêter, ici, qu'au second de ces aspects. Le premier rentre dans l'étude des textes qui s'y rapportent et reçoit l'influence des sujets et de la nature particulière des actes dont il s'y agit. Les formes authentiques paraissent se prêter assez difficilement à l'indulgence, parce que toutes les conditions y semblent solidairement unies les unes aux autres. L'officier ministériel n'est compétent que parce qu'il est assisté de tels ou tels témoins ; et la compétence de ceux-ci dépend de celle du fonctionnaire qu'ils assistent. Il serait difficile de combiner plusieurs législations en pareille matière. Ces réserves faites, nous pensons que de puissantes con-

sidérations peuvent être invoquées dans le sens d'une application facultative.

La règle dont il s'agit s'étant formée non seulement dans le but de faciliter les transactions, mais encore dans celui d'en assurer, autant que possible, la validité, l'on se demande s'il ne serait pas contraire aux motifs qui lui servent de bases, d'en faire une application rigoureuse conduisant à des résultats opposés à ceux qu'on se proposait d'atteindre. Ne pourrait-on pas s'arrêter, de préférence, à telle autre loi compétente et plus favorable à la validité ?

Il est vrai que la doctrine générale a beaucoup varié sur le choix de cette compétence rivale : on peut hésiter entre plusieurs principes qui se sont présentés successivement ou cumulativement, comme devant servir de bases en cette matière.

Ce sont là des difficultés qu'on ne saurait résoudre en termes généraux et absolus, même en se renfermant, comme nous devons le faire, dans l'application du droit positif français; il est cependant possible de fournir quelques directions.

La question ne se produit réellement que dans les cas où la vieille règle *Locus regit actum* paraît applicable, tout en se trouvant en présence d'une autre règle plus favorable à la validité de l'acte, et compétente quant au fond ou quant à la procédure, ou sous ces deux aspects en même temps [1].

[1] La Cour de cassation a rendu, le 19 mai 1830, un arrêt dans

Le problème revient à constater ces diverses compétences; mais il suppose, lui-même, que la vieille règle dont il s'agit d'écarter l'application, ne s'impose pas en termes absolus. Si on lui reconnaissait une telle autorité, l'on serait tenu de s'y arrêter, parce que c'est là que se trouverait la compétence la plus directe et la plus spéciale.

La question principale est bien là, il faut la résoudre avant les autres qui se présentent en seconde ligne, comme moyens d'exécution.

Nous avons déjà vu que l'origine même de cette règle semble réclamer une réponse affirmative. Les incidents de la pratique confirment une telle impression, et la fortifient de considérations qui tiennent de près à l'ordre public. On se demande s'il faut écarter un acte par suite d'un vice de forme qui ne peut ni en altérer la sincérité, ni en amoindrir la force probante, ni porter atteinte aux garanties voulues : faudra-t-il, par exemple, le considérer comme nul, par le seul motif qu'il n'est pas écrit sur papier timbré ? Faudra-t-il se faire l'auxiliaire d'une loi qui, par des exigences exagérées, tend, bien souvent, à favoriser l'esprit de chicane et la mauvaise foi ?

Cela semble tout particulièrement vrai, quand on a la presque certitude que la nullité de forme a été prononcée

lequel elle semble s'arrêter à la loi anglaise, pour écarter une nullité de forme dont on demandait l'application, résultant de la loi française, que la règle traditionnelle indiquait comme compétente. Il s'agissait de valeurs qui pouvaient rentrer dans une succession mobilière régie par le droit anglais (arrêt Taffe).

non pas en vue de défectuosités dans la force probante ou dans les garanties que l'acte devrait présenter, mais dans un but purement fiscal, pour assurer la perception d'un impôt. Ne se trouve-t-on pas, en fait, transporté dans un tout autre ordre d'idées que celui dont nous nous occupons maintenant ? Si, comme nous le pensons, les Etats doivent se prêter mutuellement leur concours en matières fiscales, de telles exigences ne disparaissent-elles pas devant celles du droit et de la justice?

Cet ensemble de considérations devaient assez naturellement attirer de nombreux partisans au système qui admet l'application facultative. M. Laurent se prononce, toutefois, dans un sens différent. Il craint l'arbitraire et invoque une sorte de compétence naturelle qu'il fait résulter de ce que chaque Etat doit fixer les formalités externes, suivant les exigences de la vie sociale qui se développe sur son territoire. Ce sont là des arguments dont la puissance ne saurait être méconnue. Malgré cela, si nous nous plaçons au point de vue du droit positif français, nous inclinons fortement à nous prononcer, avec la majorité des auteurs, dans le sens d'une application mitigée suivant les circonstances. Nous nous demandons si M. Laurent tient suffisamment compte de ce qu'il n'y a pas de texte énonçant une règle abstraite et générale. Cette circonstance n'a-t-elle pas d'autant plus d'importance, qu'un pareil texte a été proposé et repoussé ? L'explication la plus plausible qu'on en puisse donner, n'est-elle pas celle que nous avons indiquée plus haut ?

Quant au principe de compétence invoqué par M. Lau-

rent, ne se présente-t-il pas sous deux aspects différents, selon qu'il s'agit d'en faire l'application sur le territoire où la loi a été promulguée, ou sur des territoires étrangers? Ne s'agit-il pas de droit interne dans le premier cas, et de droit international dans le second ? Si la règle doit être rigoureusement observée dans l'ordre interne, ce qui dépend des textes, en sera-t-il nécessairement de même dans l'ordre international? Cette compétence internationale ne repose-t-elle pas uniquement sur la doctrine ; ne doit-elle pas être renfermée dans les limites que celle-ci estime les plus convenables en vue du but qu'elle se propose d'atteindre ? La question ne reste-t-elle pas entière ?

Ce n'est pas sans crainte que nous nous prononcerions dans le sens que la loi nous semble avoir eu l'intention d'écarter par un silence calculé. Il ne s'agit pas de faire la loi, mais de l'interpréter [1].

II. De plus grandes difficultés s'élèvent au sujet des formalités considérées comme substantielles, suivant la définition qui en est généralement donnée.

Ces formalités sont plus que des preuves: elles sont nécessaires en elles-mêmes, il n'est pas possible d'y suppléer par d'autres moyens, il y a là des rigueurs excep-

[1] Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 443. Merlin, *Répertoire*, v. *Preuve*, section 2, § 3, article 1, n° 3, se prononce aussi dans le sens rigoureux. Voir dans l'autre sens Fœlix et Demangeat, *Droit international privé*, t. I, p. 180, n° 83; Massé, *Droit commercial*, t. I, n° 572 de la 2e édition ; Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 112.

tionnelles ; et l'on se demande si elles ne doivent pas être plus ou moins placées en dehors de la vieille règle *Locus regit actum*, s'il ne conviendrait pas de les soumettre à un régime spécial.

M. Laurent expose un tel système[1], qu'il appuie en partie sur des idées spéculatives lui appartenant en propre, en partie sur des dispositions tirées de la loi hypothécaire belge et du Code civil français.

Il peut sembler naturel de penser que ces rigueurs exceptionnelles doivent rentrer sous la compétence de la loi qui paraît spécialement appelée à régir le rapport de droit dont il s'agit en l'acte : les formes du mariage ne devraient-elles pas être fixées par la loi du statut personnel ; celles des actes se rapportant aux fonds immobiliers situés sur le territoire, ne rentrent-elles pas, naturellement, dans la compétence du statut réel ?

Un tel système, fort séduisant en théorie spéculative, viendrait souvent aboutir à ce résultat regrettable: les actes concernant tel rapport de droit ne pourraient être valablement reçus que sur le territoire de la loi régulatrice de ce droit. On se demande nécessairement s'il n'y aurait pas moyen de trouver des équipollents dans telles ou telles formalités exigées ou admises en pays étrangers, l'authenticité, par exemple. Bien que ces deux problèmes s'imposent à l'esprit, il faut reconnaître qu'ils sont d'une solution difficile, et qu'on ne peut satisfaire que très imparfaitement aux exigences qu'on y voit surgir.

[1] *Droit civil international*, t. II, p. 433, n° 240.

C'est ainsi que l'authenticité des actes ne présente pas les mêmes garanties en tout pays, parce que les formalités auxquelles elle est liée ne sont pas partout les mêmes.

Il est bien certainement vrai, qu'on ne doit pas confondre les preuves et les formalités substantielles ; mais il n'est pas moins vrai, toutefois, que c'est généralement par les mêmes moyens que ces deux éléments du droit se réalisent ; il faut ajouter que les mêmes difficultés et les mêmes exigences pratiques se présentent, pour l'un comme pour l'autre.

Il est intéressant de rechercher quelle est, à cet égard, la doctrine adoptée par le Code civil. Ici, comme en d'autres cas, c'est un système de transaction qui semble dominer en cette doctrine; et, chose remarquable, c'est la vieille maxime *Locus regit actum* qui semble en faire la base principale, bien qu'on ait refusé de l'énoncer textuellement.

L'impression générale qu'on reçoit, quand on parcourt les dispositions du Code en matière de formalités extérieures, c'est qu'il s'y agit, presque toujours, d'actes intervenant en France, sans préoccupation de savoir devant quels tribunaux ces actes seront produits, et quelle loi régit, quant au fond, les rapports de droit sur lesquels ils doivent exercer leur influence. Le législateur semble s'être attribué une compétence générale en ce qui a trait à la forme extérieure des actes intervenant sur son territoire.

Ces dispositions concernent, le plus souvent, les formalités substantielles, comme les preuves. C'est le tout, sauf

un certain nombre d'exceptions que nous mentionnerons plus tard, et qui résultent de la nature des choses. Il est rare que les rédacteurs se préoccupent d'actes reçus à l'étranger ; ils le font, soit par suite d'une compétence naturelle quant au fond du droit, soit en vue d'une compétence judiciaire plus ou moins éventuelle (Code civil, articles 47, 48, 170, 999, 2128). Sauf en ce qui a trait à l'article 999, qui est d'une nature plus ou moins douteuse, c'est la compétence quant au fond, qui semble prédominer comme motif de s'occuper spécialement de telles catégories d'actes. Ces règles sont, d'ailleurs, des applications de l'ancienne maxime, excepté les deux dernières, articles 999 et 2128, qui s'en écartent. C'est l'idée de preuve qui prévaut dans l'article 47, et celle de formalité substantielle qui prédomine dans l'article 170. Il convient, toutefois, d'ajouter avec M. Laurent, qu'il ne faut pas attribuer une trop grande importance au mot *formes* inséré dans le dernier[1] ; il doit être pris dans le sens d'usage accepté comme preuve de consentement. Nous verrons, d'ailleurs, sous un certain nombre de rubriques spéciales, que la doctrine et la jurisprudence se sont largement prononcées dans le sens énoncé plus haut. Ce sont des sujets sur lesquels nous aurons à revenir plus tard.

Deux remarques termineront ces observations générales :

Il y a des cas où la loi française réclame des formes

[1] *Droit international*, t. IV, p. 438 et suivantes.

authentiques pour des actes à faire sur le territoire; cette exigence doit-elle être considérée comme s'adressant également aux actes reçus à l'étranger, ou faut-il s'en remettre, sur ce point, à la loi du lieu de la passation? Dans le cas où l'authenticité serait exigée pour l'acte qui doit intervenir en pays étranger, ne serait-ce pas suivant la loi de ce pays qu'elle devrait être appréciée? Encore ici, la vieille maxime est largement appliquée, d'impérieuses nécessités veulent qu'il en soit ainsi.

Il se peut qu'un acte doive se faire en France, sous forme authentique, en vertu d'une procuration venant de l'étranger; on demande si cette procuration pourra se faire par acte sous seings privés. C'est une question délicate sur laquelle la Cour de cassation a hésité. Il semble que pour satisfaire au vœu de la loi française, la procuration doit être donnée sous forme authentique, parce que c'est là que se trouve la véritable manifestation de volonté. On se trouve, d'ailleurs, ici, dans une position spéciale: l'acte étranger doit faire, en quelque sorte, partie de l'acte français; ne doit-il pas en revêtir la nature[1]?

III. Il y a des formalités qui, par la nature des choses, se détachent de la preuve et se présentent comme purement substantielles: ce sont les mesures de publicité

[1] Voir sur ce point deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 5 juillet 1827, admettant la procuration sous seing privé comme suffisante (arrêt Etchegoyen), l'autre du 29 janvier 1864, se prononçant en sens inverse (arrêt Bayssac); Dalloz, 1864, t. I, p. 292.

nécessaires pour que certains actes soient opposables aux tiers. Cette catégorie se trouve soumise à des règles qui lui sont propres et doivent s'accomplir dans telles ou telles localités. On doit y comprendre certaines notifications, inscriptions ou transcriptions à opérer, comme nous le verrons plus tard.

IV. Les formalités habilitantes ayant pour but, et pour effet, de suppléer à certaines incapacités, ou d'étendre les pouvoirs conférés à des représentants légaux, c'est dans le statut personnel qu'elles trouvent leur place naturelle. Nous n'avons pas à nous en occuper ici.

50. — Nous croyons pouvoir conclure de ce qui précède, que le Code civil reconnaît trois catégories de lois et que chacune de ces catégories doit être considérée comme formant un statut, parce qu'elle se rapporte à une matière spéciale et déterminée, aux exigences de laquelle elle doit satisfaire. Ce sont: le statut personnel, tel que nous l'avons défini; le statut réel, traitant des choses et des droits, suivant les bases exposées ci-dessus; le statut des faits juridiques, dont l'existence paraît certaine, mais semble appelée à de plus grands développements.

Cette doctrine s'appuie, croyons-nous, sur les textes et sur la tradition. Elle correspond à la division du Code en trois livres, dans chacun desquels l'un de ces statuts prédomine; elle doit contenir tous les éléments nécessaires au plein développement de la science. On ne voit pas quelles lacunes on pourrait y trouver, puisqu'elle renferme les bases sur lesquelles tout le développement du droit repose.

Les reproches souvent adressés à l'ancienne doctrine, qu'on accuse d'être insuffisante et de ne pas répondre à toutes les questions soulevées dans la pratique, ne sont pas dénués de motifs [1] ; mais ces lacunes nous semblent provenir, soit de ce que cette doctrine s'est produite dans les circonstances étroites que nous avons rappelées, soit de ce que, procédant par une lutte engagée entre des éléments hostiles et sous la pression des exigences de la pratique, elle n'a pas eu son plein développement scientifique.

Quoi qu'il en soit de ces appréciations, cette doctrine se trouve à la base du droit positif français; elle est ce que les circonstances l'ont faite, il faut l'étudier sous la forme nouvelle qu'elle a reçue dans le Code, s'efforcer de lui donner les développements dont elle est susceptible logiquement, et de découvrir ce qui lui manque pour satisfaire plus complètement aux exigences de la science et de la pratique.

Nous avons vu que les deux principaux statuts, sur lesquels l'attention s'était plus particulièrement dirigée, avaient provoqué de vives polémiques et conduit à des solutions diverses et controversées. Les rédacteurs du Code semblent avoir considérablement amoindri ces difficultés par les formules claires et précises, à la production desquelles nous avons assisté.

Le vieux statut des faits juridiques est, au contraire, resté sans obtenir un développement suffisant dans

[1] Voir Aubry et Rau, t. I, p. 831, note 17.

l'ancienne doctrine, sauf sur certains points que nous avons signalés; on l'a trop laissé dans l'ombre, ce qui a eu pour résultat de le faire admettre très partiellement dans le travail de codification. Le reste est demeuré dans le domaine d'une doctrine analogue à l'ancienne, mais dominée, toutefois, par un certain nombre de principes qu'on peut considérer comme plus ou moins définitivement acquis.

Telle est la position qui nous est faite et que nous sommes tenus d'accepter, tout en nous efforçant de l'améliorer dans la mesure du possible. Nous croyons devoir signaler ces faits juridiques comme réclamant, tout particulièrement, les travaux de la science.

Nous nous sommes également demandé s'il ne conviendrait pas d'admettre, comme MM. Aubry et Rau semblent le faire, un statut d'ordre public ayant sa base dans la disposition première de l'article 3.

Cette idée devait captiver d'autant plus notre attention, que M. Laurent, dans l'œuvre colossale dont le dernier volume vient de paraître, semble en faire le pivot sur lequel tourne la nouvelle doctrine spéculative qu'il propose de substituer aux anciennes idées. Si nous l'avons bien compris, il n'y aurait, dans le droit international privé, que deux éléments principaux à prendre en considération, l'intérêt privé, généralement régi par le droit de la patrie, revêtu de la force expansive de l'ancien statut personnel, et l'intérêt politique ou social participant à la rigoureuse territorialité de l'ancien statut réel.

Quand on étudie ce système, on y retrouve toutes nos polémiques, dominées par la distinction d'un ordre privé et d'un ordre public. On se demande s'il tient suffisamment compte de l'élément territorial et de la force expansive que de puissantes considérations conduisent à lui donner, en certaines circonstances. On se demande si l'influence de la volonté individuelle n'y est pas exagérée, et ce qu'y devient la vieille règle *Locus regit actum*, dont l'autorité semble s'imposer en termes si impératifs. Cette règle ne communique-t-elle pas une force expansive à un droit d'une nature territoriale? Cette expansion n'est-elle pas réclamée par les exigences d'une bonne justice ; n'y a-t-il pas là un intérêt d'ordre public? N'en est-il pas autrement, dans la plupart des cas où l'on parle d'ordre public ? N'est-ce pas dans le sens restrictif qu'il agit le plus souvent? N'est-on pas induit, de la sorte, à reconnaître, à ce qu'on appelle ordre public, deux genres d'effets diamétralement opposés? Ne conduit-il pas, suivant les circonstances, à étendre ou à resserrer l'application des lois? Ne doit-on pas y voir un indice que cette distinction laisse quelque chose à désirer, s'il faut la prendre comme base unique d'un système [1]?

Dès longtemps engagé dans l'étude de cet ordre d'idées, et nous proposant d'exposer une doctrine qui débute par

[1] Voir le développement de ces idées dans l'étude que nous avons consacrée au bel ouvrage de M. Laurent sur le *Droit civil international*, étude qui a été insérée dans la *Revue de droit international* de Gand, et publiée à part, année 1881.

l'énonciation d'un principe d'ordre public, nous étions naturellement conduit à nous demander s'il ne fallait pas en faire un statut spécial. C'est un problème qui nous a retenu quelque temps; nous nous sommes même efforcé d'en faire l'objet d'un développement scientifique. Mais, les difficultés que nous avons rencontrées dans ce travail, nous ont fait penser que nous faisions fausse route.

Nous n'avons pas eu de peine à nous convaincre que l'ordre public ne peut pas être renfermé dans une action purement restrictive; il tend, bien souvent, à réclamer une influence extraterritoriale pour certaines règles. Il n'est pas non plus difficile de reconnaître que son influence n'est pas limitée à telle matière de droit plutôt qu'à telles autres; même quand on le prend dans sa nature de force restrictive, telle qu'on se la figure le plus généralement, il se prête moins à l'idée d'un statut existant par lui-même, qu'à celle d'une modalité résultant de circonstances spéciales. Il existe dans les faits plus que dans les choses. C'est moins en considération des questions traitées dans les lois étrangères, que l'extension de ces lois est repoussée, qu'en vue de la manière dont les questions s'y trouvent résolues. Cette exclusion dépend, en général, d'une appréciation à faire sur la valeur morale, sociale ou religieuse, de la disposition dont il s'agit. La compétence internationale qui se trouve à la base des statuts repose, au contraire, sur la matière de droit dont il s'agit (Code civil, §§ 2 et 3 de l'article 3). Il faut y ajouter ce qui a été conservé de la vieille règle *Locus regit*

actum qui, elle aussi, se rapporte à un élément spécial du droit. L'Etat doit satisfaire aux exigences de la nature individuelle et l'individu doit satisfaire à celles de l'Etat. Il ne serait pas sans danger d'établir un antagonisme trop marqué entre ces deux ordres d'intérêts ou d'idées qui sont fortement liés l'un à l'autre ; c'est dans la sphère supérieure du droit et de la justice qu'il faut en rechercher la conciliation.

Le texte de l'article 3 du Code civil n'a rien de contraire à cette manière de voir. Il s'énonce différemment dans la première disposition que dans les deux autres. Chacune de celles-ci se rapporte à une matière spéciale comprise en l'un des statuts principaux, bien certainement reconnus comme tels par l'ancienne doctrine. La première semble se rapporter au but que telle disposition se propose d'atteindre, plutôt qu'à la matière de droit dont elle s'occupe. Elle ne fait, d'ailleurs, aucune allusion à un statut préexistant comme tel. L'ancienne doctrine n'en reconnaissait que trois. L'ordre public n'a certainement pas été inventé par les rédacteurs du Code ; il était bien connu sous l'ancien droit, mais il n'y faisait pas l'objet d'une classification spéciale comme les personnes, les choses et les faits juridiques.

Nous ne voyons pas qu'il y ait rien, dans les textes du Code, qui puisse autoriser l'idée des statuts mixtes, en prenant ces mots dans le sens d'une combinaison des deux anciens statuts principaux. Cela ne pourrait être qu'une exception, d'ailleurs peu juridique, aux principes consacrés par le Code. Il aurait été, dans tous les cas,

nécessaire de l'énoncer si l'on eût voulu la consacrer dans le droit nouveau.

Si, comme nous le croyons, et comme le texte et la tradition semblent le mettre hors de doute, la doctrine du Code civil repose sur un problème de compétence internationale, il serait bien difficile d'admettre des combinaisons présentant une nature vraiment mixte : nul ne peut servir deux maîtres à la fois.

Nous ne voulons pas dire que ces compétences ne puissent pas se rapprocher, se succéder et se combiner, de manière à présenter certaines apparences d'une nature mixte ; mais nous croyons qu'une analyse attentive ne tarderait pas à dissiper celles-ci.

Les questions où de telles apparences peuvent se présenter, doivent être abordées successivement. C'est ainsi, par exemple, que l'hérédité légale nous paraît appartenir, en France, au statut réel, en ce qui a trait aux bases originelles du système ; mais, quand il en faudra faire l'application, c'est au statut personnel qu'on devra recourir, pour reconnaître les personnes qui présentent bien le genre et le degré de parenté voulus pour être appelées. Il est possible qu'on doive combiner de la sorte plusieurs législations, mais chacune peut conserver sa compétence spéciale.

Si l'analyse ne suffit pas, ou si le doute s'élève sur des questions qui semblent irréductibles, il faut rechercher quel élément y doit prédominer [1]. Ce sont là des diffi-

[1] Voir Aubry et Rau, t. I, § 31, p. 83, note 8.

cultés sur lesquelles nous nous réservons de revenir plus tard, sous les rubriques s'y rapportant plus spécialement.

C'est par l'étude des détails et par les inductions qui nous sembleront en dériver, que nous chercherons à développer le statut des faits juridiques presque complètement abandonnés à la doctrine. Nous croyons, toutefois, possible de trouver dans la nature des choses et dans la tradition, quelques indices permettant de tracer une première esquisse du système qui semble en dériver. C'est ce que nous allons faire, sauf à y revenir plus tard, dans l'analyse des détails, pour en préciser et, au besoin, en rectifier les lignes.

Considérés dans leur nature générale, les faits juridiques se présentent comme causes et, dans certains cas, comme objets se rapportant au droit. Les principales distinctions qu'ils comportent dérivent de ce qu'ils sont l'œuvre de la volonté individuelle des parties intéressées, de celles de tierces personnes ou des forces de la nature.

Ils peuvent s'identifier, dans une certaine mesure, avec le statut personnel, soit parce que les effets qu'ils doivent produire dépendent de questions de capacité, soit parce que d'impérieuses nécessités réclament que tel fait juridique soit soumis à la loi qui régit le statut personnel.

Les rapports d'action et de réaction, dans lesquels ils se trouvent avec les choses et les droits, peuvent aussi les soumettre à la même loi que le statut réel.

Il n'y a pas entre ce troisième statut et les deux autres,

l'espèce d'antipathie naturelle que nous avons signalée plus haut. Cela tient, croyons-nous, à cette sorte de dépendance que nous venons d'indiquer. Nous nous réservons, en conséquence, de vérifier s'il ne peut pas y avoir des statuts mixtes en ce qui a trait aux faits juridiques, dans ce sens que ce troisième statut se combinerait avec un des deux autres. Nous inclinons, toutefois, à penser que, tout en constatant un rapport de dépendance, l'analyse pourra reconnaître la part d'action revenant à chacun de ces deux éléments combinés.

Nous croyons pouvoir faire ressortir des considérations qui précèdent, quelques directions à suivre dans l'étude des faits juridiques étudiés comme formant un troisième statut. Ce sujet se présente sous deux aspects divers, selon qu'on le considère en lui-même, dans le développement que sa nature propre semble réclamer, ou dans un rapport de dépendance avec un des deux autres statuts. Ces combinaisons doivent se faire de manière à ce que chacun des statuts qui peuvent s'y rapprocher continuent à satisfaire, autant que possible, aux exigences qui s'imposent à chacun d'eux.

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que c'est la vieille règle *Locus regit actum* que nous prendrons comme base de notre travail, se rapportant au premier de ces aspects. Nous la prendrons d'abord dans le sens le plus vague qu'il soit possible de lui attribuer, et nous nous efforcerons de l'amener au plus haut degré de précision qu'il nous sera donné d'atteindre, en recherchant à quels sujets divers elle doit s'appliquer.

Quant aux rapports de dépendance signalés plus haut, c'est dans la nature de chacun des deux autres statuts qu'ils se présenteront.

Nous ne devons pas terminer cet exposé de considérations générales, sans réfuter une assertion de M. Laurent qui, si elle était fondée, saperait dans sa base l'élément principal d'un statut des faits juridiques. L'éminent jurisconsulte pense que la volonté ne peut rentrer dans aucun statut, parce qu'elle est souveraine, par conséquent indépendante de la loi [1].

1° Si l'on suppose la volonté individuelle souveraine, elle n'en rentrera pas moins dans notre doctrine, parce qu'il faudra lui attribuer une compétence spéciale : l'idée de la mettre au-dessus de la loi ne semble pas abordable.

2° M. Laurent reconnaît lui-même que cette autonomie n'est pas complète, qu'elle est soumise à des restrictions légales (Code civil, articles 1134, 1387 et suivants, etc.). S'il en est ainsi, l'on devra se demander quelle loi sera compétente pour fixer ces limites et imposer les conditions pouvant s'y rattacher.

3° Prise en elle-même, la volonté doit revêtir certains caractères essentiels à sa véritable existence. Elle ne peut être reconnue qu'en tant qu'elle s'est manifestée librement et régulièrement. Il faut, en conséquence, se de-

[1] Cette assertion a souvent été répétée dans le cours de l'ouvrage. Voir spécialement t. I, p. 417 et suivantes, t. V, p. 390 et suivantes. Nous l'avons réfutée, p. 30 et suivantes de l'étude citée plus haut.

mander quelle loi devra dire à quelles conditions tel acte, donné comme acte de volonté, devra ressortir ses effets juridiques (Code civil, articles 1109 et suivants).

4° Les manifestations de volonté individuelle peuvent être obscures, ou faire défaut; quelle sera la loi compétente pour suppléer à de telles lacunes ? Ne devra-t-elle pas aller, fort souvent, jusqu'à substituer sa propre volonté à celle des parties qui ne se sont pas exprimées ou ne l'ont pas fait régulièrement ? Ne doit-elle pas, dans certains cas, fixer le sens de mots plus ou moins obscurs ou ambigus ?

Une telle compétence n'a-t-elle pas une grande importance pour l'ordre et la sécurité publiques?

Nous croyons pouvoir conclure de ce qui précède, que la volonté individuelle ne se meut que dans les limites qui lui sont tracées par la loi et, bien souvent, sous son influence plus ou moins directe. On ne peut se dispenser de rechercher sur quoi repose la compétence de cette loi limitative, interprétative, supplétive ou régulative.

51. — Nous avons vu dans l'exposé des bases spéculatives de notre doctrine, quels sont les moyens de coercition internationale sur lesquels on peut compter. Au fond, la puissance morale de l'opinion publique doit être considérée comme le principal de ces moyens. Cette puissance reçoit un grand accroissement par l'intervention de traités diplomatiques : manquer à l'observation d'une obligation naturelle soulève un blâme plus énergique et plus général, s'il y a eu reconnaissance expresse de ce devoir et

promesse d'y satisfaire. Il peut convenir de recourir à une tierce puissance, à des arbitres, ou à une autorité spécialement créée à ces fins, quand il y a désaccord dans l'interprétation du traité.

Mais ce sont là des considérations spéculatives sur lesquelles nous ne devons pas nous arrêter ici ; il faut nous occuper spécialement des moyens auxquels on recourt, en France, pour faire respecter, soit la compétence des lois nationales, soit celle des lois étrangères. Comment peut-on garantir la pleine observation de la loi vraiment compétente dans chaque cas ?

Il y a des actes qui, par la nature des choses, ou par déclarations expresses, ne peuvent avoir lieu qu'en France, et qui sont régis par la loi française. Ceux de ces actes qui seraient irréguliers peuvent être frappés de nullité; c'est la plus forte sanction qu'il soit possible d'accorder.

Les actes qu'on est allé passer à l'étranger ont souvent été déclarés nuls, comme faits en fraude de la loi française. Ce principe peut être considéré comme généralement admis et nous ne nous proposons pas de le combattre en termes absolus. Nous dirons, toutefois, qu'il est plus ou moins contestable en théorie purement spéculative et, qu'en droit positif français, il ne repose pas sur un texte exprès et direct. Il semble, en conséquence, qu'il faille en considérer l'application comme spécialement confiée à la prudence des tribunaux : la fraude bien constatée doit être vigoureusement combattue; mais la sanction de nullité produit des effets si graves, en certaines matières, et souvent si étendus, qu'il semble

qu'on ne doive y recourir que dans les cas où cela paraît nécessaire pour prévenir ou réparer convenablement les effets de la violation de la loi.

De nombreuses et difficiles questions peuvent s'élever au sujet de la loi étrangère dont l'application doit être faite en France. Dire que cette loi, n'ayant pas été promulguée sur le territoire, doit se présenter au juge comme un simple fait, d'où l'on tire la conséquence qu'il n'est pas tenu de le connaître, et qu'il peut ou doit attendre qu'on le renseigne à cet égard, n'est pas complètement exact :

1° La question de savoir quand il faut appliquer une loi étrangère se présente, en premier lieu, comme rentrant dans le droit français, qui doit, avant tous autres, être consulté sur ce point. Il y a bien certainement là une question de droit, dont la solution rentre dans les attributions des tribunaux.

2° La loi étrangère n'est pas un fait ordinaire pour le juge français, c'est un document dont la connaissance est généralement accessible à tous, aux magistrats comme aux parties. L'application qui doit en être faite ne dépend généralement pas de la volonté de celles-ci. L'on ne saurait, il est vrai, s'attendre à ce que le juge connaisse le droit de tous les pays; mais, il n'en est pas moins tenu de s'informer des lois étrangères dont l'application peut être nécessaire à la solution des procès qui lui sont soumis.

Nous conclurons de ce qui précède que le juge ne saurait prendre une attitude purement passive, quant à la

connaissance et quant à l'application des lois étrangères; il doit y procéder, même d'office; mais les difficultés du sujet lui imposent l'obligation d'acheminer les parties à s'expliquer sur les questions qui s'y rapportent.

Il faut encore se demander si la voie de cassation est ouverte, pour assurer la bonne application des lois étrangères. Cette question se présente sous deux aspects différents:

Ce genre de recours paraît admissible, sans aucun doute, quand il porte directement sur l'appréciation à faire de la loi française; si l'on a, par exemple, refusé ou seulement négligé d'appliquer le droit étranger, quand cette loi l'exige, il y a bien violation de celle-ci: l'admissibilité du recours ne saurait être contestée dans ce cas.

Il semble qu'il doive en être de même quand des lois étrangères se sont, en quelque sorte, incorporées aux lois françaises, au moyen de traités diplomatiques. On doit, croyons-nous, suivre une autre voie dans les circonstances ordinaires, quand il s'agit, non de l'application, mais de l'interprétation du droit étranger, à moins que la loi française ne contienne, sur la manière dont cette interprétation doit se faire, des directions qu'on prétend avoir été méconnues, ou prises dans un sens qui n'est pas le vrai; le tout, sauf à rechercher s'il n'y a pas eu violation indirecte du droit français.

Le recours en cassation est une procédure extraordinaire, ayant pour but de garantir l'unité du droit français. Cette idée d'unité peut être plus ou moins étrangère au droit compétent, s'il s'agit, par exemple, d'un

droit coutumier. S'efforcer d'en obtenir une réalisation partielle en France, peut difficilement être présumé conforme à la volonté du législateur. Il s'agit d'un droit dont le siège principal et les interprètes naturels se trouvent à l'étranger. Il pourrait y avoir quelque chose de choquant à voir se fixer en France, par l'autorité de la Cour suprême, une interprétation contraire à celle qui serait consacrée dans le pays national [1].

[1] Voir sur ces questions Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 498, n° 273; Cour de cassation, 15 avril 1861, Seitz c. Friederich; Dalloz, 1861, t. I, p. 420; 17 juillet 1833, arrêt Bonar et d'Hervas; 28 avril 1836, Onslow c. Onslow; 9 novembre 1846, arrêt Augu; 15 juin 1863, Hibon c. de Brancas; Dalloz, 1863, I, p. 313; 12 novembre 1872, arrêt Chauvassaignes; Dalloz, 1874, t. I, p. 168; 23 février 1864; Sirey, 1864, t. I, p. 365; 18 juillet 1876; Dalloz, 1876, t. I, p. 497, arrêt Wyse c. Sancy. M. Laurent fait remarquer toute l'importance de ce dernier arrêt, duquel il résulte que la fausse interprétation d'un document public étranger peut donner ouverture à cassation, quand elle conduit à la violation d'une règle française. On peut citer dans le même sens un arrêt de cassation du 24 juin 1878, Administration des domaines c. Ditchl, s'appuyant sur le motif qu'une fausse application de la loi bavaroise avait eu pour conséquence la violation de l'article 768 du Code civil (Dalloz, 1879, t. I, p. 56). La loi bavaroise est indiquée comme soumettant à la loi française le règlement de la succession dont il s'agissait. Nous ne pouvons pas nous empêcher d'élever quelque doute au sujet de l'arrêt Becker du 20 février 1882; Dalloz, 1882, t. I, p. 119. Est-il bien exact de dire, comme le fait la Cour de cassation, que le juge français ne doit tenir compte que de la loi française, quand il ne s'agit pas de l'état et de la capacité de

personnes étrangères ni de la forme d'actes passés en pays étrangers. Le long procès Ditchl, relatif à la succession Forgo, ne portait-il pas sur la question de savoir si c'était la loi française ou la loi bavaroise qui devait régir la succession mobilière dont il s'agissait? Une question analogue ne se présentait-elle pas dans le procès Becker ?

LIVRE I.

DES PERSONNES.

—

TITRE I.

DES PERSONNES PRISES INDIVIDUELLEMENT COMME ÊTRES CAPABLES DE DROIT.

CHAPITRE Ier.

Des personnes physiques ou naturelles considérées dans les traits caractéristiques de leur nature.

52. Jouissance et exercice des droits civils en général. — 53. Importance de la nationalité. — 54. Article 11 du Code civil. — 55. Article 13 du même Code. — 56. Influence de la pénalité sur la personne. — 57. Entrée dans les ordres religieux.

52. — On désigne, généralement, par le mot personne, l'être capable de droit.

Cette capacité se manifeste par deux éléments : la jouissance et l'exercice du droit. Définir ces deux éléments et dire à quelles conditions chacun d'eux se réalise, c'est faire connaître la personne en ses caractères essentiels.

Chaque souveraineté a, bien manifestement, le droit et le devoir, de déclarer quels droits elle reconnaîtra sur son territoire, à quelles conditions et en quelles circonstances elle en accordera la jouissance et l'exercice. Une telle compétence ne pouvant être contestée, l'on se demande à quel titre un tel sujet peut rentrer dans la doctrine du droit international privé; il semble ne pas y avoir possibilité de conflits.

Il faut bien le reconnaître, toutefois : si, prise en elle-même, cette compétence ne peut être contestée, il en est tout autrement de l'usage qui doit en être fait : cet usage intéresse, au plus haut degré, la réalisation du droit dans les rapports internationaux; de graves conflits ne manqueront pas de s'élever si l'on ne suit pas certaines règles à cet égard.

On peut dire que la capacité juridique des personnes, et, tout particulièrement, celle des étrangers, est la base principale du droit international privé. N'est-ce pas par son incarnation dans les personnes que le droit se réalise, et ce phénomène ne suppose-t-il pas une telle capacité ?

53. — Trois questions principales se présentent au sujet des étrangers: 1° Doivent-ils avoir des droits? 2° Ces droits doivent-ils être égaux, en principe, à ceux des nationaux? 3° Quelle est la loi compétente pour les réglementer? Ce sont là des distinctions sur lesquelles nous aurons bien souvent à revenir, parce qu'on ne les a pas toujours suffisamment respectées dans l'interprétation des textes.

Les articles 7, 8, 11 et 13 du Code civil doivent nous

occuper en premier lieu. Les articles 14 et suivants rentreront dans l'étude de la procédure qui doit faire l'objet d'une autre partie de ce travail.

Aux termes de l'article 7, l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, « laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle. » Cette disposition n'a pas d'autre portée que de distinguer les droits civils et les droits politiques. Les premiers sont accordés à tous les nationaux par l'article 8, les seconds sont le privilège de la catégorie de personnes qu'on désignait alors sous le nom de citoyens actifs.

Suivant l'article 8, tout Français jouit des droits civils. Il va sans dire que ce principe n'exclut pas l'idée de restrictions possibles, de celles, par exemple, dont il s'agit dans les articles 22 et autres.

L'article 11 s'exprime de la manière suivante : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

Cette disposition fut profondément modifiée plus tard, soit indirectement par des traités, soit directement par la loi du 14 juillet 1819, portant abolition des droits d'aubaine et de détraction ; elle s'écartait considérablement des principes d'égalité proclamés durant l'époque révolutionnaire [1].

[1] Lois des 6-18 août 1790 et des 8-15 avril 1791. Constitutions des 3 septembre 1791, titre 6, et du 5 fructidor an III.

Ce mouvement de recul s'explique, a-t-on dit, par un sentiment de découragement né de ce que les puissances étrangères n'avaient pas suivi l'exemple donné par la France [1].

Il faut, toutefois, reconnaître qu'on ne pouvait guère s'attendre à voir un tel progrès se réaliser pendant les guerres sanglantes occasionnées par la Révolution [2].

L'article 13 est ainsi conçu: « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation du gouvernement à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider. »

Ces deux dispositions ont provoqué bien des controverses qui doivent nous arrêter quelques instants.

54. — Pris dans un sens absolu, l'article 11 présente de si grandes rigueurs, qu'il semble difficile de penser que telle ait été la volonté du législateur ; on devait naturellement s'efforcer de trouver une interprétation plus acceptable. Une loi consacrant la réciprocité ne suffit pas pour produire les effets prévus, il faut un traité diplomatique. La stipulation d'un principe d'égalité peut sembler insuffisante, en ce sens que l'étranger ne doit avoir en France qu'identiquement les mêmes droits que ceux dont le Français a la jouissance aux termes d'un traité se combinant avec la législation du pays de cet étranger. Cette interprétation, conforme au texte, paraît confir-

[1] Locré, *Législation civile*, etc., sous l'article 11 du Code. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. I, p. 280.

[2] Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 33.

mée par l'article 2 de la loi précitée du 14 juillet 1819 [1].

Une stipulation conçue en termes vagues serait douteuse et devrait être prise dans le sens le plus conforme à notre article, c'est-à-dire le plus rigoureux.

On s'est demandé quel sens il faut donner aux mots *droits civils* insérés dans le texte.

Les prendre comme désignant l'ensemble des droits se rapportant à la vie civile, paraît impossible, soit parce qu'un tel régime ferait aux étrangers une position pire que l'esclavage ou la mort civile, soit parce que divers textes semblent écarter l'idée de telles rigueurs en supposant des droits indépendants de tout traité (articles 3, 12, 14, 15, 16 et 19, par exemple), ou en mentionnant des restrictions qu'il semblerait inutile d'indiquer en présence de prohibitions tellement absolues en principe (articles 726 et 912, par exemple).

Il n'est pas possible de dire que l'étranger jouit généralement, en France, de tous les droits civils qui ne lui ont pas été refusés par une disposition expresse, ou privativement attribués aux Français. Ce serait faire abstraction du texte : soit qu'on le rapproche de l'article 8, soit qu'on le considère seul, l'article 11 doit, bien certainement, être pris dans un sens limitatif. Il paraît évident qu'en principe, il s'est agi d'accorder aux étrangers des droits moins étendus qu'aux nationaux [2].

[1] Voir notre *Commentaire sur le traité franco-suisse*, du 15 juin 1869, chapitre 3, section 1.

[2] Cette interprétation a cependant été adoptée par Valette,

On ne peut dire que l'étranger ne jouit, en France, que des droits qui lui ont été concédés, explicitement ou implicitement, par un texte, sans s'écarter également des termes de l'article 11, sans en augmenter indirectement les rigueurs, sans les prendre, en fait, dans le sens que nous avons repoussé plus haut comme inadmissible [1]. Le Code n'est pas une constitution ; il va sans dire que chacune de ses dispositions peut être modifiée par un autre texte. La question revient donc à savoir si le législateur a voulu poser en principe que l'étranger n'a des droits en matière civile que dans les cas exceptionnellement indiqués.

Les mots *droits civils* ne pouvant se prendre dans un sens absolu et les textes n'en donnant aucune définition restrictive, on a dû se demander si la tradition n'en fournissait pas une.

Nous avons déjà vu que le droit romain distinguait un droit civil, *jus civile*, régissant les nationaux, et un droit des gens, *jus gentium*, applicable aux étrangers. Il est certain que cette distinction fut adoptée, en principe, malgré la différence des temps, par l'ancienne doctrine française [2]. On la retrouve dans les travaux

Cours de Code civil, t. I, p. 67, notes sur Proudhon, *De l'état civil des personnes*, t. I, p. 174, *Explication sommaire du livre I du Code*, p. 18 et additions; et par Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers*, p. 248.

[1] On peut citer, comme se prononçant dans ce sens, Demolombe, *Cours de droit civil*, t. I, p. 285 ; Zachariæ, *Handbuch des fr. Civilrechts*, Band I, S. 179.

[2] Voir spécialement Pothier, *Introduction générale aux cou-*

préparatoires du Code civil, où elle s'énonce en termes exprès. Le projet élaboré par les commissaires du gouvernement portait ces mots : « Les étrangers jouissent en France de tous les avantages du droit naturel, du droit des gens et du droit civil proprement dit, sauf les modifications établies par les lois politiques qui les concernent. » La section de législation du Conseil d'Etat proposait la rédaction suivante, qui a passé dans le Code, en y ajoutant la condition d'un traité : « L'étranger jouit en France des mêmes droits civils que ceux accordés aux Français par la nation à laquelle cet étranger appartient[1]. »

Il est probable que, dans les trois rédactions, les mots *droits civils* ont été revêtus du sens traditionnel. Les travaux préparatoires viennent ainsi confirmer l'interprétation suggérée par la nature des choses.

Chez les Romains, le droit des gens était réglementé par l'édit du préteur des étrangers et rentrait ainsi dans le droit positif. La doctrine française a dû suppléer à cette vieille institution. Elle entend, généralement, par droits civils, dans le sens technique, les droits qui, ne pouvant exister qu'en vertu d'une disposition spéciale du droit positif, se présentent comme une création de l'ordre civil artificiel : l'hypothèque légale du pupille et de la femme mariée est, tout particulièrement, classée dans cette catégorie[2].

tumes, chap. 2, § 2, n° 33 ; de Ferrière, *Dictionnaire de droit*, au mot *Étranger*.

[1] Voir Locré, *Législation civile*, etc., sous l'article 11.

[2] Cour de cassation, arrêt Seligmann, du 20 mai 1862 ; Dalloz,

Il faut bien s'arrêter à cette doctrine comme exprimant le droit positif actuel, mais il ne faut l'admettre qu'en énonçant le vœu de la voir disparaître des textes. Surannée et contraire au droit, elle devient de jour en jour d'une application plus difficile, soit par les transformations qui s'opèrent dans les idées, soit par les vices originels dont elle est atteinte. Les droits les plus naturels ont besoin d'une réglementation et peuvent sembler difficiles à classer. Une inévitable solidarité se produit entre les habitants d'un même pays; on ne peut sévir contre les uns sans atteindre indirectement les autres, ce qui paraît tout particulièrement vrai en certaines matières, celle de la prescription, par exemple. Cette disposition, essentiellement scientifique et doctrinale, se trouve, d'ailleurs, déplacée dans une législation codifiée.

Notre article ne parle que de droits abstraits; la question de savoir quelle loi doit les régir et les réglementer, se trouve réservée et renvoyée, par cela même, aux règles du droit international privé, plus spécialement à l'article 3 du Code civil.

Les textes manifestent de plus fort la convenance de ne pas confondre ces deux ordres d'idées se rapportant, les unes à l'existence abstraite d'un droit, les autres à la réglementation spéciale dont il a besoin pour sa réalisation. Ceux de ces textes qui concernent la première caté-

1862, p. 201. Voir, de plus, sur cette question Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 17, et t. III, p. 563 et suivantes; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4e édition, t. I, p. 291, etc.

gorie sont insérés dans le Code lui-même; ceux qui ont trait à la seconde sont classés dans le titre préliminaire, plus spécialement consacré à fixer la compétence de la loi française et à poser, de la sorte, les bases de la doctrine du droit international privé.

55. — Les travaux préparatoires représentent la disposition de l'article 13, comme rendue nécessaire par la Constitution du 22 frimaire an VIII, dont l'article 3 réclamait un stage de dix années, à l'étranger qui recherchait la naturalisation française. Une telle condition devait paraître inacceptable, s'il eût fallu la subir sous le dur régime que nous venons d'exposer [1].

Le texte n'en est pas moins conçu en termes généraux; c'est dans ce sens qu'il doit être appliqué : l'on ne saurait s'arrêter uniquement aux cas où il y aurait demande en naturalisation.

Des questions analogues à celles qui se sont déjà produites au sujet de l'article 11, se présentent ici : comment faut-il entendre les mots *tous les droits civils?*

Par quelle loi ces droits seront-ils réglementés?

La première de ces questions ne semble pas soulever de bien sérieuses difficultés. Le texte, et dans une certaine mesure les travaux préparatoires, paraissent indiquer l'intention de relever, provisoirement, l'étranger des incapacités juridiques dont il avait été frappé, comme tel. Il faut, en conséquence, prendre les mots *droits civils* dans le sens général de l'article 8 : l'étranger doit

[1] Locré, *Législation civile*, etc., sous l'article 13.

jouir, dans ce cas, de tous les droits civils, quelle qu'en soit la nature. La distinction faite en l'article 11 disparaît en considération du domicile accordé. On arriverait, d'ailleurs, au même résultat en maintenant le sens technique admis dans ce dernier article, les droits civils naturels devant être considérés comme tacitement concédés à l'étranger.

Quant à la question de savoir quelle est la loi compétente pour réglementer ces droits, nous croyons qu'elle doit être résolue pour l'article 13 dans le même sens que pour l'article 11. Dans l'un et l'autre cas, il n'est rien préjugé sur cette difficulté ; c'est, par conséquent, à l'article 3, manifestement destiné à résoudre ces problèmes, qu'il faut recourir. Nous l'avons déjà vu : il résulte de la discussion de cet article que l'état et la capacité des étrangers ne doivent pas être régis par la loi française. On en a conclu, non sans raison, croyons-nous, que la loi étrangère reste applicable, en principe, en cette matière.

Or, l'étranger reste tel, aussi longtemps qu'il n'a pas acquis la nationalité française.

De puissantes considérations théoriques viennent appuyer ces conclusions résultant des textes : il aurait été fort imprudent d'autoriser, provisoirement, l'étranger à faire des actes qui ne seraient pas reconnus par sa loi nationale, dans le cas où il ne serait pas devenu français; et même dans l'hypothèse contraire, si l'on n'admet pas un effet rétroactif bien difficile à justifier.

Dire, comme on le fait, à l'appui d'une interprétation

différente, que l'individu dont il s'agit en l'article 13, doit être considéré comme ayant déjà perdu son ancienne patrie, soulève bien des objections : 1° L'application de l'article 13 ne se borne point aux cas où il y a une demande en naturalisation. 2° La perte de cette nationalité étrangère échappe à la compétence de la loi française, qui ne peut exercer aucune influence en telle matière. 3° Si l'on supposait, ce que les textes n'autorisent pas à faire, que l'article 13 n'a été voté qu'en vue du stage exigé par la Constitution de l'an VIII, cela ne suffirait pas; il faudrait qu'il fût démontré que le législateur a cru devoir, pour satisfaire à cette exigence, créer un ordre de choses contraire aux principes consacrés par l'article 3 du Code.

Il n'est pas impossible, toutefois, que les droits concédés par l'article 13 soient réglementés par la loi française; mais ce résultat serait l'effet de la loi étrangère. Si cette loi prend le domicile comme base du droit international privé, en matière de statut personnel, par exemple, elle fera l'application de la loi française, quand elle reconnaîtra comme suffisant le domicile concédé suivant l'article 13. Ce sera la loi étrangère qui renverra la solution à la loi française, reconnue compétente par suite du domicile. On ne peut pas lui imposer une compétence que ses propres principes la conduisent à décliner. Nous avons déjà cité une décision analogue adoptée par arrêt de cassation du 24 juin 1878 (Administration des domaines contre Ditchl ; Dalloz, 1879, t. I, p. 56).

Les auteurs sont fort divisés sur ces questions soule-

vées par l'article 13. C'est, croyons-nous, un motif de plus de s'arrêter strictement aux principes [1].

L'article 13 n'accorde les droits civils à l'étranger qu'aussi longtemps qu'il continuera de résider en France. Il paraît certain, suivant Marcadé, que ces mots doivent signifier: aussi longtemps qu'il conservera son domicile en France. Nous admettons bien que le domicile étant la cause d'une telle concession de droits, les effets de celle-ci doivent prendre fin si ce domicile cesse d'exister ; ils ne sauraient persister en vertu d'une simple résidence ; mais, est-il possible de dire que le lieu où la résidence s'exerce est sans importance, aussi longtemps qu'il y a domicile en France? Ne serait-ce pas corriger le texte de la loi ? Ne faudrait-il pas se demander, tout au moins, quand ce domicile est conservé ? N'est-il pas plus naturel de penser que les droits concédés ne sont accordés et garantis que sur le territoire français ? Cette idée était déjà énoncée, nous semble-t-il, dans le corps de l'article: c'est en France que l'étranger doit jouir des droits dont il s'agit. La France pouvait difficilement garantir, en de telles circonstances, d'une manière absolue, des droits qui devraient être acquis ou exercés hors de son territoire. Il faut voir, tout au moins, dans une telle rédaction, des réserves et un renvoi à la doctrine.

Le domicile acquis est généralement considéré comme

[1] Voir les nombreuses autorités citées en sens divers, dans le *Nouveau Code civil annoté*, publié sous le nom de Sirey, art. 13; Aubry et Rau, t. I, p. 311, § 79 ; Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 187.

se conservant aussi longtemps qu'on n'en acquiert pas un autre. C'est probablement l'application de ce principe qu'on a voulu prévenir, et c'est dans ce sens que les auteurs se prononcent généralement [1]. Ils admettent qu'une absence momentanée, un simple séjour n'emportant pas l'idée d'un établissement à l'étranger, ne ferait pas perdre le bénéfice de l'article 13. Le mot résidence ne suppose pas un séjour rigoureusement continu. Les droits de l'étranger doivent être maintenus, aussi longtemps qu'il y a résidence en France; mais le transport de cette résidence ailleurs peut être facilement considéré comme indice que l'étranger a voulu renoncer à son domicile en France. C'est dans ce sens large et se prêtant à l'appréciation, que ces mots semblent devoir être pris. Il y a là, croyons-nous, une preuve de plus qu'on n'a pas voulu assimiler un tel étranger au national, qui, même résidant et domicilié à l'étranger, reste, à certains égards, sous l'empire et sous la protection de la loi de sa patrie. Le rapprochement de cette disposition et de la dernière règle énoncée en l'article 3, ne tend-il pas à écarter, tout au moins, l'application qu'on voudrait faire du droit français quant à l'état et à la capacité des personnes? Ne serait-ce pas une anomalie qu'une telle concession ainsi limitée? Ce droit, s'il lui eût été conféré, ne suivrait-il pas l'étranger hors du territoire?

[1] Voir Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 312 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 178, et *Cours de droit civil*, t. I, p. 84; Demolombe, t. I, n° 270.

Nous renvoyons à la rubrique du domicile la question de savoir si l'étranger ne peut acquérir un domicile en France que moyennant l'autorisation du gouvernement.

56. — Après avoir exposé, dans un chapitre Ier, les conditions exigées pour être admis à la jouissance des droits civils, le Code devait énumérer les causes produisant la privation de cette jouissance. C'est là ce qui fait l'objet d'un chapitre II, divisé en deux sections traitant, la première, de la perte de la qualité de Français, la seconde, de condamnations judiciaires. Le premier de ces sujets trouvera convenablement sa place dans l'étude que nous consacrerons à l'acquisition et à la perte de la naturalisation française. Le second ne pouvait être traité que d'une manière très incomplète dans le Code civil, celui-ci ne s'occupant que de la mort civile, sans aborder les autres influences exercées par le droit pénal sur le droit civil. Pris dans son ensemble, ce sujet est vaste; il fait, d'ailleurs, partie d'une doctrine plus ou moins spéciale qu'on peut désigner sous le nom de droit pénal international. Cette doctrine ne peut que gagner à faire l'objet d'une étude principale et directe, que nous comptons aborder plus tard si les circonstances nous le permettent.

Nous devons, en conséquence, nous contenter de dire ici quelques mots, pour qu'on ne perde pas ce sujet complètement de vue, en s'occupant plus spécialement du droit civil.

La mort civile a été abolie en France, par une loi du 31 mai 1854 dictée par de puissantes considérations d'ordre public. Il semble qu'on doive repousser, d'une

manière aussi absolue que possible, toute influence d'une telle institution qui pourrait être maintenue en pays étranger. Cette règle répulsive semble applicable, même dans les cas où il s'agirait d'individus régulièrement frappés d'une telle peine par la loi régissant leur statut personnel.

Bien des doutes peuvent, toutefois, s'élever dans l'application. L'on se demande s'il sera toujours possible de faire complètement abstraction d'un défaut de capacité qui sera, bien certainement, reconnu dans le pays où il a été judiciairement consacré. Nous n'oserions pas le dire : cela peut conduire à une question de prudence et de loyauté, problème dont la solution dépend des circonstances. Il y a plus: il est de principe que toute personne doit porter à l'étranger l'état et la capacité qu'elle tient de sa loi nationale ou de la loi de son domicile, suivant le système adopté. Ce principe doit être respecté dans les limites de ce que l'ordre public permet; ne serait-ce pas manquer à cette règle, que de faire abstraction même de celles des conséquences de la mort civile qui, prises individuellement, n'auraient rien d'exorbitant? N'y aurait-il pas des distinctions à faire, des limites à fixer ?

Ces observations et ces doutes, présentés au sujet de la mort civile résultant d'un jugement, peuvent disparaître ou perdre de leur importance, s'il s'agit d'une mort civile prononcée directement par une loi. Dans ce cas, tout peut sembler atteint d'un vice originel et radical, d'un empiètement injuste du pouvoir législatif sur ce qui de-

vrait être du domaine judiciaire. Il y a cependant des faits dont il semble impossible de faire complètement abstraction.

Quant aux incapacités, originairement plus réduites, qui dérivent de l'application du droit pénal, c'est encore un sujet qui sera mieux placé dans la doctrine spéciale à laquelle il se rattache. On dit généralement que ce qui est de droit pénal est, de sa nature, territorial, et qu'un jugement intervenu en telle matière ne doit pas étendre ses effets au delà des frontières de l'Etat où il a été rendu. Il ne faut pas oublier, toutefois, que ces matières peuvent très facilement se présenter comme mixtes. Bien souvent même, c'est l'élément civil qui semble y prédominer, ce qui peut justifier l'application des règles ordinaires en cette matière. Si, par exemple, telle ou telle condamnation pénale a pour conséquence de priver une personne du droit de participer à la gestion d'une tutelle, ce sera, bien certainement là, une mesure de protection pour le pupille, une disposition se rapportant au droit civil et réclamant, en conséquence, la force expansive se rattachant à cet ordre d'idées[1]. Dût-on considérer cette privation de droits comme constituant une peine, il n'y en aurait pas moins là des conséquences civiles dont il ne serait pas possible de faire abstraction; le pupille ne pouvant avoir un tuteur régulier que suivant les règles édictées par la loi régissant son statut per-

[1] Voir sur ces questions Fœlix et Demangeat, t. II, p. 314; Bertauld, *Questions pratiques*, p. 128 et suivantes.

sonnel, tout acte émanant d'un autre représentant ne serait pas reconnu sur le territoire directement soumis à cette loi.

57. — Ce que nous avons dit au sujet de la mort civile résultant de condamnations pénales, peut sembler applicable, en principe, à celle qui dérive de l'entrée dans les ordres religieux. Il est vrai qu'il s'agit d'une position qui peut être considérée comme librement acceptée; mais on révoque en doute la validité d'un tel acte dans le domaine du droit. Cette vieille institution des vœux monastiques, produit de la foi catholique, est profondément ébranlée : on la considère, de plus en plus, comme une atteinte injustifiable portée à la liberté individuelle.

Les Etats qui repoussent l'efficacité juridique de pareils vœux, sont naturellement conduits, par des considérations d'ordre public, à ne pas en reconnaître les conséquences sur les territoires soumis à leur domination. C'est là une sorte d'esclavage volontaire qui peut ressortir au for de la conscience, mais que les pouvoirs publics doivent considérer comme placée hors de leur domaine, en ce sens qu'il n'y a pas lieu de l'appuyer sur la force [1].

Ici, comme au sujet de la mort civile résultant de condamnations, c'est d'une question d'ordre public qu'il s'agit. Il faut, avant tout, s'efforcer de la poser aussi net-

[1] Voir dans ce sens les décrets des 13 et 19 février 1790 et 18 août 1792. Voir les indications contenues dans Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 187, note 18, et dans le *Nouveau Code civil* de Sirey, sous l'article 144, n° 8 et suivants.

tement que possible, en la distinguant de difficultés qui peuvent facilement s'y rattacher.

Il s'agit, dans le problème qui nous occupe actuellement, de personnes individuelles et de la valeur juridique des vœux perpétuels ou temporaires qu'elles peuvent avoir prononcés. Ce sont d'autres questions qui se présentent quand on recherche si telle ou telle agrégation doit être considérée comme constituant une personne morale, capable d'agir en cette qualité, ou s'il faut lui accorder, à elle ou à ses membres, le droit de séjourner sur le territoire. C'est encore un autre problème que celui de savoir si les vœux autorisés et prononcés doivent être considérés comme ne liant que la conscience, ou s'ils doivent ressortir des effets juridiques. Les vœux peuvent être une cause de perturbations, même dans les cas où ils n'auraient pas d'effets juridiques. Le législateur peut ne les autoriser que pour un terme court, sans que cela doive suffire pour en conclure qu'il a entendu y attacher une sanction extérieure, durant le temps par lui fixé.

La question posée dans les termes et dans les limites qui lui sont propres, revient à se demander si les principes consacrés sur le territoire, permettent d'y reconnaître les effets juridiques des vœux dont il s'agit.

Nous ne devons pas nous arrêter plus longtemps ici sur ce sujet; nous nous réservons de le reprendre plus tard à l'occasion de questions moins générales.

On peut, croyons-nous, considérer la doctrine française comme reconnaissant les incapacités dont les

étrangers sont frappés, par la loi de leur statut personnel, comme conséquence de leur entrée dans les ordres religieux [1]. Il ne faut pas se dissimuler, toutefois, que la solution de ce genre de questions d'ordre public, est susceptible de varier suivant le courant des idées; et nous avons le pressentiment qu'il s'opère une transformation sur ce point.

CHAPITRE II.

Des personnes morales.

58. Questions à résoudre. — 59. Des personnes morales reconnues en droit français. — 60. Conditions imposées à leur existence. — 61. De leur vie internationale, en général. — 62. Personnes morales françaises agissant à l'étranger. — 63. Personnes morales étrangères agissant en France.

58.—Nous avons déjà vu qu'on désigne, généralement, par le mot *personne*, l'être capable de droit, l'être pour lequel le droit existe, suivant l'énergique expression de

[1] Voir dans ce sens Boullenois, *De la personnalité*, t. I, p. 65; Merlin, v. *Succession*, section I, § 2, art. 2; Fœlix et Demangeat, t. I, p. 198 et suivantes; Aubry et Rau, t. I, § 31. La Cour de Paris a prononcé, par arrêt du 13 juin 1814, la nullité d'un mariage contracté en France, le 7 mars 1809, entre une Française et un moine espagnol.

l'empereur Justinien [1], le sujet du droit, comme disent les Allemands.

C'est dans l'homme, tel que la nature l'a fait, que cette personnalité se réalise communément. Il existe, toutefois, un nombre considérable d'entités juridiques, surgies d'impérieuses nécessités de la vie sociale, et présentant des traits caractéristiques et communs, bien qu'empreints d'une grande variété. On les appelle personnes morales, artificielles ou juridiques, pour les distinguer des personnalités physiques et naturelles qui leur ont servi de prototypes.

Le sujet que nous abordons ici devrait conduire à de longs développements, s'il s'agissait de l'étudier sous toutes ses faces. Nous croyons, toutefois, qu'il sera possible d'en donner une idée suffisante, sans entrer dans les détails. Il faut, pour cela, respecter strictement les limites que nous nous sommes volontairement imposées.

M. Laurent a consacré à ce sujet une dissertation fort instructive et très intéressante, comme tout ce qui sort de la plume de l'éminent penseur, mais empreinte, suivant nous, d'un esprit d'hostilité poussé beaucoup trop loin. C'est sous cette impression que nous avons écrit les lignes que nous livrons à la critique. Le sujet a, d'ailleurs, une grande importance. Il a provoqué, tout particulièrement en Allemagne, de nombreuses publications. Nous admettons volontiers qu'on y a quelquefois poussé

[1] *Institutes*, livre I, titre 2, n° 10; Pandectes, *De statu hominum*, livre I, titre 5, loi 2.

l'idée d'une personnalité morale beaucoup trop loin. Nous ne pensons pas, par exemple, que la nature des choses permette de qualifier de la sorte un immeuble auquel se rattachent des servitudes actives ou des charges. L'immeuble est essentiellement une chose, l'objet, mais non le sujet des droits qui s'y rapportent. Même dans ces exagérations inadmissibles, il y a des idées qu'il n'est pas inutile d'étudier[1].

Ne devant nous occuper que du droit positif français, nous n'avons, semble-t-il, que trois questions principales à nous poser :

1° Le droit français reconnaît-il ce genre de personnalités ?

2° Prolonge-t-il, en pays étrangers, l'autorité des règles de capacité dont il leur fait l'application sur le territoire ? En d'autres termes, le § 3 de l'article 3 du Code civil s'applique-t-il en cette matière ?

3° Reconnaît-il en France l'existence et la capacité des personnes morales étrangères ?

Une quatrième question semble également s'imposer : Quel accueil de pareilles personnalités établies en France trouveront-elles en pays étrangers ? Mais cette question ne comporte qu'une seule réponse : dans un droit positif où l'action législative tend de plus en plus à prédominer, la solution de ce problème dépend des règles admises par chaque souveraineté.

[1] Voir Laurent, *Droit civil international*, t. IV, p. 152-354, et pour les études allemandes, Windscheid, *Pandekten*, t. I, §§ 57 et suivants; Vangerow, *Pandekten*, §§ 53 et suivants.

La doctrine spéculative ne saurait le méconnaître : de puissantes nécessités sociales réclament qu'on ne renferme pas l'activité des personnes morales dans les limites du territoire sur lequel elles sont établies ; et, s'il est vrai que la personnification peut rendre de grands services au développement social, il y a là une tâche commune pour l'accomplissement de laquelle les souverainetés doivent se venir réciproquement en aide.

59. — Le Code civil est très sobre de définitions. Il accepte, en général, comme préexistant, les éléments sociaux qu'il doit soumettre à sa réglementation. Devait-on s'attendre à trouver une définition des personnes morales, dans un document où il n'en existe pas au sujet des personnes physiques ou des personnes en général ?

On voit seulement ressortir des dispositions qui s'y rapportent, que la personnalité juridique résulte de deux caractères essentiels : la jouissance et l'exercice du droit. Cette dernière condition s'accomplit de deux manières différentes, selon qu'elle émane directement de la personne qui a la jouissance du droit, ou d'une représentation plus ou moins artificielle que la loi lui accorde pour suppléer à son impuissance originelle.

C'est, bien manifestement, dans l'individualité humaine qu'il faut chercher le prototype de la personne juridique dont le Code se préoccupe : l'être humain, tel que la nature l'a fait, se présente comme devant être, avant tous autres, le sujet du droit. Il n'en est pas moins vrai que la personnalité juridique se retrouve dans beaucoup d'autres manifestations de la vie sociale. Ce ne sont pas des per-

sonnes ordinaires : on les qualifie même de fictions ; et l'on part d'une telle dénomination, pour en déduire tout un ensemble de règles.

Nous le voulons bien; mais c'est à condition, toutefois, qu'on ne fera ressortir de ce mot aucun préjugé défavorable. Une institution qui se retrouve en tous lieux et en tous temps, doit être présumée conforme à la nature des choses, bien qu'elle soit l'œuvre d'une combinaison plus ou moins compliquée; on ne voit pas surgir de la sorte des créations qui n'ont pas leur raison d'être. Tout ce qui est artificiel et complexe n'est pas, par cela même, contre nature et d'une existence contestable.

La plus puissante et la plus généralement reconnue des personnes morales, c'est l'Etat. Qu'on l'appelle une fiction, si l'on veut, il n'en faudra pas moins reconnaître que c'est une fiction pleine de puissance et de réalité, une fiction sur laquelle repose la vie sociale tout entière.

Dans ces matières, comme dans bien d'autres, l'abus peut facilement se rattacher à l'usage ; mais, il n'en reste pas moins vrai que la personnification de certains groupes d'intérêts se présente, bien souvent, comme l'indispensable moyen de porter l'activité privée à son plus haut degré de développement. C'est là un élément qu'il n'est peut-être pas inutile d'opposer aux agrandissements qui s'opèrent, de plus en plus, dans le cercle où l'Etat déploie sa puissance. La personnification est nécessaire à l'existence effective et normale d'associations respectables se rapportant à la vie scientifique, artistique, morale et religieuse, intérêts supérieurs de l'humanité.

Le Code civil s'est abstenu, comme nous l'avons dit, de toute définition des personnes juridiques; mais il n'en est pas moins certain qu'il les a reconnues, comme l'ont fait également de nombreuses lois spéciales.

Les institutions considérées, en France, comme personnes morales sont fort diverses [1]. On voit figurer en tête des listes qui en sont données, l'Etat et quelques-unes de ses divisions, les départements, les communes et sections de communes. Viennent ensuite des établissements qui sont consacrés à des services publics, ou au développement de certains intérêts collectifs, sans se confondre, toutefois, avec l'Etat ou quelqu'une de ses divisions.

L'activité privée donne également naissance à des personnifications dues à des mobiles assez divers.

Quelque nombreuses qu'elles soient, toutes ces personnes artificielles peuvent se ramener, croyons-nous, à deux grandes catégories: les unes se rapportent plus ou moins directement à l'Etat, à ses fonctions, ou à quelque service s'exerçant plus ou moins directement sous son patronage.

Bien que l'intérêt public qui se trouve généralement à la base de la personnification, se compose, le plus souvent, d'un ensemble d'intérêts privés, ainsi revêtus

[1] On peut consulter spécialement sur ce sujet Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. I, p. 185, 4e édition, et les nombreux renseignements contenus dans la nouvelle édition du Code civil publié sous le nom de Sirey, 1881. Voir les annotations spéciales portées sous les articles 7 et 11 de ce Code.

d'un double caractère, il ne saurait en résulter que toutes les personnes morales doivent se confondre avec l'Etat, tout en étant placées sous sa protection. Le développement commercial est, bien certainement, d'intérêt public; mais il n'en reste pas moins confié, généralement, à l'intérêt et à l'activité des individus. Il y a donc des personnes morales qui, protégées par l'Etat, conservent cependant l'indépendance compatible avec leur position de sujettes.

Chez les autres, au contraire, l'on voit prédominer l'intérêt et l'activité des individus. Cette distinction, solidement appuyée sur la nature des choses, se trouve bien manifestement dans les articles 537 et suivants du Code civil. Chacune des deux catégories fait, d'ailleurs, l'objet de dispositions spéciales. La première est mentionnée dans les articles 537 à 542, 560, 910, 937, 1712, 2045, 2226 et 2227 du Code civil. La seconde apparaît, bien certainement; dans l'article 529 du même Code, sur lequel nous reviendrons, et qui semble mettre hors de doute la personnification de certaines associations commerciales.

60. — On dit généralement que la création d'une personnalité fictive ne peut avoir lieu qu'à deux conditions : 1° Il faut que l'être juridique ainsi formé, se distingue nettement des personnes naturelles qui peuvent s'y trouver plus ou moins directement impliquées ou intéressées. 2° L'action directe, ou tout au moins l'autorisation de l'autorité supérieure, est nécessaire pour qu'un tel résultat puisse être reconnu.

La première de ces conditions met indirectement en évidence un fait dont l'importance ne saurait être méconnue : ces personnes fictives n'ont pas seulement leur prototype dans la nature humaine ; c'est dans l'intérêt et par l'activité de personnalités effectives et réelles qu'elles se produisent et qu'elles agissent ; c'est là qu'elles trouvent leur raison d'être : elles sont utiles et nécessaires au plus grand développement de la personnalité naturelle [1].

De tels rapports devaient conduire à poser la première des conditions énoncées ci-dessus. Elle se retrouve dans l'article 529 du Code civil, qui est ainsi revêtu d'une grande importance en cette matière.

La première partie de cet article porte les mots suivants : « Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. »

La controverse est née de ce que les uns prennent cette disposition dans un sens rigoureusement restrictif aux sociétés commerciales. Les termes de l'article semblent même exiger que ces associations s'occupent d'affaires d'une certaine importance. Les autres, au contraire,

[1] Keller, *Pandekten*, § 34.

s'élevant aux motifs de cette disposition, la considèrent comme applicable dans tous les cas où la société forme une personne bien distincte de celles de ses membres, de telle sorte que les droits dont elle est titulaire, ne puissent pas être considérés comme appartenant, par parties aliquotes, à ces derniers. Ce que l'article ajoute sur les effets de la dissolution ne laisse aucun doute à cet égard, en mettant plus nettement en saillie l'idée d'une personnalité morale.

Il serait, selon nous, bien difficile de refuser l'application de cet article à des sociétés anonymes qui porteraient sur des opérations non réputées commerciales.

L'article 8 de la loi du 21 avril 1810, sur les mines, semble appuyer cette solution. Il porte : « Les mines sont immeubles..... Néanmoins, les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines, seront réputés meubles, conformément à l'article 529 du Code civil[1]. » Il serait bien difficile de voir dans l'article 529 une définition de la personnification. Le législateur semble avoir voulu seulement en indiquer une conséquence, au sujet de cas non douteux.

Quant à la condition d'une autorisation supérieure généralement exigée, elle se présente, au premier coup

[1] Voir sur toutes ces questions controversées en sens fort divers, Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. I, p. 189 de la 4e édition; Laurent, *Droit civil international*, t. IV, p. 194. Les opérations portant sur l'achat et la vente d'immeubles sont généralement considérées comme n'ayant pas le caractère commercial (Code de commerce, article 632).

d'œil, comme une conséquence rigoureusement logique de la nature des choses, parce qu'il s'agit d'une existence artificielle qui suppose un acte d'omnipotence législative. Mais cette règle contestée entre les interprètes du droit romain et du droit commun de l'Allemagne [1] soulève, dans l'application, des difficultés qui ne sont pas sans importance. En admettant que toute personnification suppose l'intervention de l'autorité supérieure, serait-il toujours possible de produire la preuve de tels actes? Ne serait-il pas possible que de semblables personnifications se soient formées spontanément et se soient fait reconnaître par une sorte de droit coutumier? L'Etat lui-même n'a-t-il pas dû se former de la sorte? N'a-t-il pas en sa puissance bien des éléments plus anciens que lui? L'Eglise ne nous fait-elle pas assister à un spectacle analogue?

En France, on a trouvé dans l'histoire le moyen de résoudre d'une manière heureuse ce problème, pour les établissements de charité. Considérant l'édit de décembre 1666 comme le plus ancien document énonçant la nécessité d'une autorisation pour la création de telles personnalités, la Cour de cassation en a conclu que ceux de ces établissements qui remontent à une époque antérieure, doivent être dispensés de toutes preuves à cet égard [2].

Ajoutons que cette autorisation s'accorde de deux

[1] Voir Windscheid, *Pandekten*, t. I, p. 157, § 60.

[2] Arrêt de Saint-Père c. Passe, du 4 novembre 1868; Dalloz, 1869, I, p. 93.

manières différentes : elle est individuelle quand elle doit être donnée expressément et après examen spécial, dans chaque cas ; elle est générale quand on fixe d'avance certaines conditions qu'il suffira d'observer pour être reconnu. C'est ainsi que l'autorisation spéciale, d'abord exigée pour la validité de chaque société anonyme, a été remplacée par des conditions générales[1].

61. — Les conditions auxquelles les personnes morales peuvent être appelées au bénéfice d'une vie internationale, soulèvent des questions du plus haut intérêt.

Il est généralement admis que l'existence plus ou moins artificielle de ces entités juridiques ne peut résulter que d'une autorisation supérieure, donnée comme nous venons de l'indiquer.

Peut-on en conclure, avec M. Laurent et avec les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation, qu'en principe, les personnes morales régulièrement constituées aux termes de la loi d'un Etat, ne peuvent pas prolonger leur activité sur le territoire d'autres Etats, sans avoir été reconnues ou autorisées par ceux-ci ? Est-il vrai de dire que, née d'une fiction consacrée par une loi territoriale, l'existence de telles personnalités expire sur la frontière, comme l'autorité de la loi qui l'a conférée ? L'existence de notre doctrine ne se trouve-t-elle pas grandement impliquée et compromise dans cette assertion, que l'autorité de chaque loi expire sur la frontière

[1] Code de commerce, article 37, et loi du 24 juillet 1867, article 47.

de l'Etat qui l'a promulguée? Ne considère-t-on pas comme une conquête de la science moderne, l'idée que cette autorité ne se resserre pas toujours dans les limites de chaque territoire? Y a-t-il des motifs suffisants pour y renoncer en ce qui a trait au sujet qui nous occupe? Il faut nous arrêter quelques instants à l'étude de ces questions.

On peut citer, comme nous l'avons dit, à l'appui du système dont il s'agit, les considérants qui précèdent un arrêt de la Cour de cassation, portant la date du 1er août 1860, sur lequel nous aurons, d'ailleurs, à revenir plus loin[1]. Nous n'avons pas à critiquer cet arrêt quant au fond; mais il y était question d'une société anonyme, sujet spécial soumis à des règles qui lui sont propres. Nous ne pouvons nous empêcher de trouver que la Cour a trop généralisé son argumentation. Voici, d'ailleurs, une partie des motifs allégués par elle :

« Attendu que la société anonyme n'est qu'une fiction de la loi, qu'elle n'existe que par elle, et n'a d'autres droits que ceux qu'elle lui confère; que la loi, qui dérive de la souveraineté, n'a d'empire que dans les limites du territoire sur lequel cette souveraineté s'exerce; qu'il suit de là que la société anonyme étrangère, quelque régulièrement constituée qu'elle puisse être, dans le pays dans lequel elle s'est formée, ne peut avoir d'existence en

[1] Arrêt Dussard; Dalloz, 1860, I, p. 444. Voir aussi Laurent, *Droit civil international*, t. IV, p. 251, n° 127, et dans un sens différent, Merlin, *Répertoire*, v. *Gens de mainmorte*, § 7.

France que par l'effet de la loi française, et en se soumettant à ses prescriptions. Que vainement on objecterait que le statut personnel suit l'étranger en France, et qu'à cet égard aucune distinction n'est à faire entre les lois qui règlent la capacité des individus et celles qui règlent l'état et la capacité des êtres moraux; qu'en effet, à la différence des personnes civiles, les personnes naturelles existent par elles-mêmes et indépendamment de la loi, et que l'on ne saurait confondre, quant à l'autorité qu'elles peuvent avoir en dehors du pays, pour lequel elles ont été faites, les lois qui créent la personne et lui donnent l'existence, et celles qui ne font que réglementer ses droits et déterminer les conditions de leur existence. »

Ces considérants nous paraissent très contestables : ils ne s'appuient sur aucun texte et ne reposent que sur une conception purement spéculative qui, poussée jusqu'à ses dernières conséquences, porterait une bien grave atteinte aux rapports internationaux.

Est-il bien vrai de dire que la puissance de chaque souveraineté ne dépasse pas la frontière? Le contraire ne résulte-t-il pas, en fait, du développement acquis par le droit international tant public que privé? N'est-il pas de plus en plus généralement reconnu, que de telles expansions de pouvoirs se justifient, et peuvent être considérées comme dues, quand elles sont nécessaires au développement social ? La distinction profonde qu'on voudrait établir entre les personnes morales et les personnes naturelles est-elle bien facile à maintenir en termes absolus?

Les secondes ne se retrouvent-elles pas sous les premières, comme nous l'avons déjà dit? N'est-ce pas en elles que gît la véritable vie et la raison d'être de celles-ci? Si cette extension de puissance et de vie est bonne en soi, n'a-t-elle pas le droit de se produire? N'est-on pas conduit, de la sorte, à se demander si l'existence que de telles personnifications ont régulièrement acquise sur un territoire doit être confinée dans celui-ci? La force expansive qu'elles réclament n'est-elle pas la conséquence logique de la nature qui leur est attribuée? Ne retrouvons-nous pas, ici, la question de compétence qui sert de base à toute notre doctrine? Si cette force leur est nécessaire pour atteindre au but qu'elles doivent poursuivre, trouvera-t-on bien praticable de les forcer à se faire autoriser ou reconnaître d'avance, par tous les Etats sur le territoire desquels le hasard des affaires pourra leur donner des intérêts à débattre?

Voilà ce qu'on peut répondre en théorie spéculative. Il faut se demander, en droit positif, si les personnes morales étant généralement assimilées aux personnes naturelles, ne doivent pas être considérées comme implicitement comprises dans le statut personnel et, plus spécialement, dans les articles 14, 15 et 16 du Code civil; si ce n'est pas là qu'on se trouve nécessairement conduit par de puissantes nécessités sociales tendant à augmenter, de jour en jour davantage, le nombre des personnes morales appelées à prolonger leur action sur des territoires étrangers. Ne faudrait-il pas des textes pour restreindre, au sujet de cette catégorie de personnes, les

effets d'une assimilation qui semble faite en termes généraux?

M. Laurent invoque des arguments analogues à ceux de la Cour de cassation et qui soulèvent, par conséquent, les objections que nous venons de présenter. Voici comment il s'exprime à cet égard (p. 256) :

« On pose ordinairement la question des droits des personnes juridiques à l'étranger en termes généraux, et l'on demande quels sont les droits dont elles ont la jouissance en pays étranger. Cette position de la question implique que les corporations, dès qu'elles existent légalement dans le pays où elles sont créées, peuvent exercer leurs droits, en tout ou en partie, dans tous les pays; ce qui revient à assimiler des personnes fictives aux personnes réelles. La question, telle qu'on la formule, implique une hérésie juridique. Une fiction légale n'existe qu'en vertu de la loi, et la loi ne peut lui donner une existence et lui reconnaître des droits que dans les limites du territoire sur lequel s'étend la souveraineté dont elle est l'expression. Donc avant d'examiner quels sont les droits des personnes juridiques à l'étranger, il faut voir si elles existent hors du territoire où elles ont été créées. La question de droits ne peut s'élever que pour les corporations qui sont reconnues à l'étranger comme êtres capables de droits; elle ne peut pas même être posée pour celles qui ne sont pas reconnues; n'étant pas reconnues, elles n'ont pas d'existence légale aux yeux de la loi, c'est le néant, et demande-t-on quels sont les droits du néant? Voilà certes une hérésie s'il en fut jamais! »

Que l'illustre écrivain, dont l'œuvre colossale, heureusement terminée, mérite une éternelle reconnaissance, nous permette de rechercher s'il ne déplace pas lui-même, quelque peu, la question dont il s'agit. Le droit dépend-il de la reconnaissance qui en est faite ? S'il en était ainsi, ne retomberait-on pas sous l'empire du système de courtoisie internationale, que M. Laurent a si puissamment combattu? Notre doctrine tout entière ne repose-t-elle pas sur l'idée d'une loi supérieure aux souverainetés individuelles? Cette loi ne leur impose-t-elle pas l'obligation de reconnaître, dans certains cas, sur leurs territoires respectifs, l'autorité de règles consacrées à l'étranger? N'est-ce pas l'objet de la vieille maxime *Locus regit actum*, et du statut personnel tout entier? Le problème qui nous préoccupe ne peut-il pas et ne doit-il pas se poser de la manière suivante, sous les deux aspects qu'il présente : 1° En théorie spéculative, les personnes morales n'ont-elles pas une importance telle que les souverainetés doivent s'entendre pour leur assurer une existence internationale? 2° En fait, n'est-ce pas là ce qui prévaut dans la tradition et dans la vie actuelle? Les transformations que nous avons vues s'opérer de nos jours, ne sont-elles pas dans ce sens?

Il faut ajouter que la liberté individuelle acquiert de plus en plus d'importance, en matière de personnification. Les deux modes d'autorisation, par voie de disposition spéciale, ou par voie de règles générales, peuvent difficilement être placés sur le même pied quant aux conséquences à tirer du fait que l'un ou l'autre est exigé dans

tel Etat. On ne conteste pas la qualification de personnes morales aux sociétés en nom collectif ou en commandite, qui se livrent à des opérations commerciales (Code civil, article 529). Elles ne sont, cependant, autorisées que par le fait qu'elles ont respecté les règles exigées, pour leur validité, par la loi du pays où elles se sont établies. Exigera-t-on, pour reconnaître en France celles qui doivent être considérées comme étrangères, qu'elles obtiennent une autorisation locale, ou que, tout au moins, la loi qui a présidé à leur fondation soit en tout conforme à la loi française? Que fera-t-on si, avec un assez grand nombre d'auteurs, l'on considère la communauté de biens résultant du mariage, comme formant une personne morale distincte de celle des époux? Ne reconnaîtra-t-on cette combinaison qu'autant qu'elle sera conforme à la loi française? Il y a là bien des questions à examiner et à résoudre, sous leur double aspect pratique ou spéculatif.

Il convient, maintenant, de rechercher dans quelle mesure et par quels moyens, on peut voir se réaliser, en de telles personnalités, les éléments les plus essentiels au développement de la vie internationale.

Il est bien certain qu'il faut, en ce qui les concerne, faire complètement abstraction du droit de famille.

Le droit de patrie ne saurait leur être refusé d'une manière absolue, parce qu'elles en ont généralement besoin; mais il faut convenir que ce droit se présente, à leur égard, sous un tout autre aspect que pour les personnes naturelles.

On leur reconnaît généralement un domicile, condition nécessaire de toute vie juridique. Il faut même se demander si la nature des choses ne doit pas conduire à substituer, dans une large mesure, cet élément à celui de la patrie, qui peut faire plus ou moins défaut en ce qui les concerne.

Il y a là, croyons-nous, des questions difficiles, qui paraissent n'avoir été prévues par aucun texte général, et qu'il serait périlleux de vouloir résoudre en termes absolus. Voici, cependant, quelques distinctions qui résultent de la nature des choses, et peuvent servir de fil conducteur.

L'idée de patrie semble devoir être admise, quant aux personnes morales d'intérêt public, se rattachant plus ou moins directement à l'Etat ou à quelqu'une de ses divisions. Cela résulte de ce que cette idée surgit nécessairement de celle de l'Etat. Ce qui est vrai de celui-ci, considéré dans son ensemble, doit l'être également des parties dont il se compose. Les établissements publics doivent participer à ce bénéfice.

De plus graves difficultés s'élèvent, toutefois, au sujet des personnes morales dans la nature desquelles l'élément privé semble prévaloir. Si la personne morale se distingue bien nettement, comme nous l'avons dit, de celles des membres qui la composent, la nationalité de ceux-ci ne peut, semble-t-il, être prise en considération, quant à la vie juridique du corps entier. Cela peut apparaître comme une conséquence logique de la nature des choses.

Bien des questions délicates s'élèvent cependant: faudra-t-il renoncer, dans ces cas, à toute idée de patrie? Celle de domicile, ou principal établissement, ne devrait-elle pas s'y substituer, au besoin, et en tenir lieu? Que deviennent les conséquences ordinairement attachées à la nationalité des associés?

Quelques distinctions paraissent nécessaires au sujet de ces questions. S'il s'agit d'une société anonyme, toute idée de patrie, dans le sens propre du mot, semble disparaître. Elle ne peut venir des associés qui ne sauraient se confondre avec le corps moral dont ils font partie; ils sont trop nombreux, trop variables, et souvent trop inconnus, pour que l'on ait à se préoccuper de leur nationalité, qui, d'ailleurs, présenterait fort souvent une grande variété. Il faut ajouter que ce genre d'associations se forme entre capitaux plutôt qu'entre personnes; celles-ci n'y ont, comme telles, que peu d'importance. Quant à la société prise en elle-même, elle n'a pas d'ancêtres: son origine ne remonte qu'à l'acte de sa fondation; elle ne peut avoir d'autre patrie que le pays où elle a pris naissance, où elle a établi le siège principal de son activité, et par la loi duquel ont été fixées les conditions originelles et fondamentales de sa viabilité. C'est là qu'elle doit, semble-t-il, chercher la protection que les personnes naturelles trouvent ordinairement dans les liens de la patrie, et dont elle ne peut pas se passer d'une manière absolue.

Chaque associé conserve, en ce qui le concerne individuellement, la patrie qui lui est propre. Ajoutons que

rien ne paraît s'opposer à ce qu'il puisse s'en prévaloir, dans certains cas, en vue de l'intérêt qu'il a dans la société, qui peut en profiter indirectement.

Mais, que faut-il décider s'il s'agit de sociétés en nom collectif ou en commandite ordinaire? On se trouve, ici, dans une position bien différente. Prises en elles-mêmes, ces sociétés sont plus libres, plus dégagées d'un territoire spécial sur lequel elles se fixent plus ou moins définitivement; elles sont moins complètement dominées par une loi déterminée et permanente; les conditions essentielles de leur vitalité sont plus conventionnelles que légales. Il ne se forme, par conséquent, pas sur le territoire de l'établissement originel et principal, des liens assez forts et assez durables, pour qu'on puisse facilement en voir surgir l'idée d'une patrie. Il ne reste que le domicile actuel qui est, bien certainement, un motif de protection locale, mais qui peut soulever quelque doute comme motif de protection devant s'exercer en pays étranger. D'autre part, bien que ne se confondant pas avec le corps moral dont elles font partie, les personnes des associés sont plus en évidence. Faire complètement abstraction de leur nationalité, paraît difficile ; ne peut-elle pas, si elle est la même pour tous, se communiquer à la société dont ils sont le plus puissant élément de vie? Devrait-on considérer comme française la société en nom collectif que deux frères étrangers fonderaient ou transporteraient en France? Les exigences d'une logique rigoureuse devraient-elles conduire jusque-là?

Nous aurions de la peine à le croire. Nous sommes, bien manifestement ici, en dehors des voies tracées par les textes; il y a des lacunes à combler; n'est-il pas naturel d'en rechercher les moyens dans les éléments véritablement vitaux, au lieu de pousser la fiction jusqu'au delà des limites que la nature des choses paraît lui imposer ?

Ce sont là des problèmes dont la solution paraît abandonnée à la doctrine; il serait difficile de les résoudre en termes absolus. Les distinctions que nous avons présentées semblent pouvoir indiquer la voie qu'il convient de suivre.

On aurait tort, dans tous les cas, de considérer ces questions comme oiseuses; elles ont une grande importance pratique. Chaque personnalité, par cela même qu'elle existe, éprouve le besoin d'une protection qui se trouve généralement dans les liens de sa patrie. Les étrangers n'étant pas assimilés aux nationaux, il faut bien classer chaque personnalité morale dans l'une ou dans l'autre de ces deux catégories. Nous ne tarderons pas à revenir sur ces questions en matière de sociétés, où elles ont, croyons-nous, le plus d'importance, en vue des difficultés qui s'y sont élevées.

62. — Nous avons vu que certaines personnes morales tiennent à la France par des liens qu'on peut assimiler à ceux de la patrie; cela forme-t-il une sorte de statut personnel rendant applicable le § 3 de l'article 3 du Code civil ?

La question se présente sous deux aspects différents,

selon qu'on s'arrête au droit français ou au droit étranger qui peut s'y trouver impliqué. Le plan que nous nous sommes tracé nous impose l'obligation de n'aborder que le premier de ces aspects; le droit étranger, n'étant pas le même en tous pays, soulève naturellement des questions spéciales à chaque législation.

Il semble que l'application de cette règle, énoncée en l'article 3 du Code, ne saurait être mise en doute au sujet des contestations qui s'élèveraient sur le territoire français. L'activité qui pourrait être déployée à l'étranger par une personne morale ressortissant à la France, devrait être régie par la loi de capacité française, sous réserve des limites et des exceptions susceptibles d'être imposées par des considérations d'ordre public interne, par la nature des choses et par la spécialité du but que chacune de ces personnalités doit poursuivre.

63. — De graves difficultés se sont élevées en France au sujet des personnes morales étrangères prolongeant leur activité sur le territoire; et, tout particulièrement, en ce qui a trait aux sociétés anonymes, pour l'existence régulière desquelles l'ancien droit réclamait, en général, une autorisation spéciale. On se demandait, naturellement, si, pour agir à l'étranger, ces sociétés ne devaient pas obtenir une autorisation, ou une reconnaissance de chaque gouvernement local.

Nous débuterons par l'exposé de cette controverse spéciale, parce qu'elle repose sur des textes, et se présente nettement à l'esprit. Nous chercherons, ensuite, quelles inductions l'on peut en tirer au sujet des autres

personnifications qu'il sera plus facile d'aborder après cette première étude.

L'ancien Code de commerce portait, article 37 : « La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation de l'Empereur, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique. »

Cette disposition pouvait sembler facile à justifier, parce qu'il s'agissait d'une société, qui n'offrait, en elle-même, pas d'autre garantie qu'un capital plus ou moins assuré. La nécessité d'une autorisation paraissait rentrer sous la sanction du § 1 de l'article 3 du Code civil; mais il n'en restait pas moins la question de savoir ce qu'il devait advenir au sujet des sociétés établies à l'étranger : se contenterait-on, pour leur permettre d'agir en France, des garanties exigées par la loi sous l'empire de laquelle elles se seraient formées, ou réclamerait-on l'autorisation du gouvernement français? C'est dans ce dernier sens que la doctrine et la jurisprudence ont fini par se prononcer [1].

[1] Voir sur ces questions l'arrêt Dussard c. Ramillon, rendu par la Cour de cassation le 1er août 1860; Dalloz, 1860, I, p. 444 et les références. On a, toutefois, reconnu le droit de poursuivre, en France, comme sociétés de fait, les établissements étrangers non pourvus de l'autorisation française. Cour de cassation, arrêt de la Société de Saint-Gaudens, du 19 mai 1863, portant cassation dans l'intérêt de la loi ; Dalloz, 1863, I, p. 219. Cet arrêt est précédé de remarquables conclusions de M. le procureur général Dupin.

Des modifications se sont produites en cette matière par suite de difficultés survenues entre la France et la Belgique, dans les circonstances suivantes :

On admit, dans l'origine, de part et d'autre, les sociétés anonymes établies et autorisées dans l'un de ces pays, à prolonger leur activité dans l'autre, sans nouvelle autorisation du gouvernement local. Il s'éleva, toutefois, des doutes en Belgique où la jurisprudence se fixa dans un sens opposé, par arrêt de la Cour suprême du 8 février 1849 [1]. Le malaise qui résulta de cet événement, provoqua deux lois, l'une belge, du 14 mars 1855, l'autre française, des 30 mai et 11 juin 1857, portant dispense réciproque d'une nouvelle autorisation, et conférant aux gouvernements la faculté d'étendre le bénéfice de ce principe à d'autres pays par voie de décrets [2]. Cette solution conduit à reconnaître que la nécessité d'une autorisation locale peut être écartée, soit par voie de décret, conformément aux lois citées, soit par traité diplomatique [3]. Ces lois semblent s'être proposé deux buts assez distincts : 1° réglementer la position respective de

[1] Voir ce qu'il est dit, au sujet de cet incident, par M. Laurent, *Droit civil international*, t. IV, p. 294, n° 155.

[2] Voir la loi française et les documents qui s'y rapportent, dans Dalloz, 1857, 4e partie, p. 75. Il a été fait usage de cette faculté, quant à la Suisse, par décret du 11 mai 1861.

[3] Voir, sur ce dernier point, l'arrêt cité ci-dessus du 19 mai 1863, Société de Saint-Gaudens; Dalloz, 1863, I, p. 219, et l'arrêt Elias Howe, Cour de cassation, du 18 novembre 1876, Sirey, 1878, t. I, p. 89.

la France et de la Belgique qui, présentant de part et d'autre des garanties semblables, étaient assez naturellement portées à se dispenser réciproquement d'une nouvelle autorisation ; 2° donner aux gouvernements le moyen d'accorder à d'autres Etats une semblable dispense, sans recourir au pouvoir législatif.

On se demande si ces lois ne doivent pas être considérées comme interprétant et modifiant, au besoin, le sens de l'article 37 du Code. Cette dispense accordée spécialement à chacun des deux Etats et cette faculté, créée pour les gouvernements, d'en concéder le bénéfice à d'autres pays par un simple décret, n'indiquent-elles pas que l'on considérait la nécessité d'une nouvelle autorisation locale comme implicitement renfermée dans le texte de l'article 37 du Code de commerce ?

Nous croyons assez difficile d'échapper à cette conclusion : il y avait un moyen beaucoup plus simple d'écarter ces difficultés, c'était de déclarer qu'une telle conséquence ne ressortait pas de l'article dont on se préoccupait[1]. Il y a là une interprétation légale donnant à cet article un sens qui ne résulte pas directement de son texte. Bien plus, ce sens avait été précédemment écarté par la jurisprudence des deux pays.

Cet article 37 fut abrogé lui-même par une loi française du 24 juillet 1867, sauf en ce qui concerne les sociétés de la nature des tontines et les sociétés d'assu-

[1] L'arrêt Dussard, du 1er août 1860, s'appuie fortement sur ce moyen.

rances sur la vie, mutuelles ou à prime. L'autorisation spéciale a été remplacée par un certain nombre de conditions exigées pour la création de sociétés anonymes.

Il nous semble, d'abord, que les sociétés maintenues sous le régime d'une autorisation nécessaire, doivent être considérées comme restées soumises aux anciennes règles, sans modifications provenant de la loi nouvelle; mais, qu'en est-il au sujet des associations qui ont fait l'objet de l'abrogation?

Ne faut-il pas dire que, si l'autorisation du gouvernement n'était nécessaire aux sociétés étrangères que par une conséquence de l'article 37 précité, il doit en être autrement depuis l'abrogation de celui-ci? La base sur laquelle cette exigence s'appuyait n'existe plus. On a changé de système, en substituant de nouvelles garanties aux anciennes; il aurait fallu un texte pour maintenir la nécessité de l'ancienne autorisation pour les étrangers [1].

Toutes ces controverses élevées sur l'article 37 du Code de commerce se rapportent, en définitive, à un sujet spécial et rigoureux, auquel on ne doit pas accorder une trop grande influence quant aux autres personnalités morales.

[1] Voir sur ces questions un avis du Conseil d'Etat du 12 janvier 1854; Dalloz, 1856, III, p. 16; Fœlix, *Droit international*, t. I, p. 65; *Journal de droit international privé*, t. II, p. 6, article de M. Vavasseur; Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial*, v. *Sociétés étrangères*; Fœlix et Demangeat, t. I, p. 65; *Revue de législation* de Laboulaye, 1874, p. 335, article de M. Ch. Lyon-Caen.

Il se présente, d'ailleurs, des questions assez diverses qu'il ne faut pas confondre. Ce n'est pas la même chose de reconnaître l'existence d'une personne morale étrangère, en lui permettant de se porter demanderesse devant les tribunaux, ou de recevoir une donation, cas auquel se rapporte l'avis précité, donné par le Conseil d'Etat le 12 janvier 1854, ou de l'autoriser à s'établir sur le territoire et à s'y livrer à un mouvement d'affaires exigeant des garanties.

Nous ne voulons pas dire que les personnes morales étrangères soient placées en France sur le même pied que les nationales; mais elles y sont reconnues en principe. Les articles 14 et 15 du Code civil ont souvent été cités dans ce sens: ils ne distinguent pas et doivent s'entendre des personnes morales comme des personnes physiques.

C'est, d'ailleurs, un sujet dans la réglementation duquel nous ne pourrions entrer. Il y a certainement des mesures à prendre en vue de certaines industries ou de certaines opérations qui intéressent tout particulièrement la sécurité publique.

CHAPITRE III.

Nationalité française.

64. — Nature de ce sujet. — 65. Nationalité d'origine. — 66. Acquisition de la nationalité. — 67. Perte de la nationalité. — 68. Recouvrement de la nationalité. — 69. Effets des changements de nationalité. — 70. Absence de patrie ou patries multiples.

64. — Encore ici nous nous trouvons en présence d'un sujet d'une nature spéciale plus ou moins douteuse. Chaque souveraineté est, naturellement, seule compétente pour dire quand, et à quelles conditions, elle reconnaît telles personnes pour ses ressortissants. La question posée d'une manière abstraite, semble ne pas pouvoir soulever de conflits. Mais la manière dont il est fait usage de ce droit, soulève de graves difficultés internationales. L'expérience ne l'a que trop prouvé : de puissantes exigences sociales se manifestent en cette matière, et réclament que les souverainetés s'imposent certaines règles pour échapper à de grandes perturbations. Chaque souveraineté ne doit faire usage de son droit, qu'en se conformant à ces exigences, d'où résultent de véritables obligations.

Chaque personne doit, autant que possible, ainsi que

nous l'avons dit, n'avoir qu'une patrie dont elle puisse changer. Cet idéal ne peut être atteint que par une entente internationale. Le sujet dont il s'agit rentre, par conséquent, dans notre doctrine. C'est un problème difficile et compliqué : la France s'est efforcée de le résoudre dans un nombre considérable de lois, qui doivent nous occuper quelques instants.

65. — Il est à souhaiter que toute personne ait une patrie dès le début de son existence ; c'est ce qu'on peut appeler nationalité d'origine. Les deux principes du droit international privé se trouvent en conflit dès ce point de départ. L'un s'arrête à la descendance de parents nationaux ; l'autre prend en considération la naissance sur le sol de l'Etat.

C'est le premier que le droit français moderne a fait prédominer. La naissance sur le territoire donne seulement de plus grandes facilités pour obtenir la naturalisation.

Aux termes de l'article 10 du Code civil : « Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français. » Bien que ce texte ne mentionne pas l'enfant né sur le territoire, il semble manifeste que la règle édictée est applicable à cette hypothèse. L'argument *a fortiori* pourrait, bien certainement, être invoqué dans ce sens. Il y a là, d'ailleurs, un vice de rédaction qui s'explique et se démontre par un amendement mal rédigé.

Il s'agit ici d'une transformation sociale dont il est intéressant de suivre les gradations. Le projet préparé par les commissaires du gouvernement portait : « Art. 1er.

Toute personne née d'un Français et en France, jouit de tous les droits résultant de la loi civile française, à moins qu'elle n'en ait perdu l'exercice par les causes ci-après expliquées. — Art. 2. Tout enfant né en pays étranger, d'un Français qui n'avait pas abdiqué sa patrie, est Français. » Le Tribunal d'appel de Nîmes fit observer que cette rédaction semblait exclure de l'exercice des droits civils, l'étranger né en France d'un père étranger.

La section de législation du Conseil d'Etat reproduisit, dans son premier projet, une rédaction semblable à celle des commissaires. Tronchet renouvela, dès la première séance, celle du 6 thermidor an IX, la question précédemment soulevée par le Tribunal de Nîmes. Cette question fut résolue, en principe, dans le sens de l'ancien droit.

La seconde rédaction, préparée par suite de cette votation, portait : « Tout individu né en France est Français. Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français. » Ces dispositions furent adoptées dans la séance du 14 thermidor an IX, et maintenues dans une nouvelle votation du 16 thermidor, même année.

C'est après la suspension dont nous avons précédemment parlé, que le vieux principe territorial fut définitivement abandonné, sur la demande du Tribunat[1]. Mais on oublia de faire le changement nécessaire dans l'article 10.

[1] Voir Locré, *Législation civile*, et tout particulièrement ce qui a trait au changement, Observations du Tribunat, XI, 3, et séance du Conseil d'Etat du 6 brumaire an XI, n° 3.

Nous verrons, plus tard, qu'il peut arriver que deux époux n'aient pas la même nationalité. La position faite au mari et au père, comme chef de la famille, conduit à reconnaître que c'est lui qui doit transmettre sa nationalité aux enfants issus du mariage (Code civil, articles 321, 373 et 148).

Les législations ne sont pas d'accord au sujet de la nationalité de l'enfant naturel reconnu, ou considéré comme tel, du chef de ses père et mère de nationalités différentes.

Sous l'influence du droit romain, l'ancienne doctrine s'arrêtait généralement à la maternité comme présentant plus de garanties de son existence effective. Une forte réaction s'est opérée dans le sens inverse, et semble, bien manifestement, l'emporter en France (articles 148, 158 et 383 du Code civil).

Il ne faut pas, toutefois, s'exagérer l'importance directe de ces textes, qui paraissent se rapporter spécialement au cas où toutes les parties sont françaises, puisqu'il s'y agit de statut personnel français. Il en résulte, cependant, que le droit moderne a renoncé aux anciens errements : il a confiance en l'acte de reconnaissance et le considère comme preuve du fait auquel il se rapporte. Il n'y a pas de motifs suffisants d'écarter cette règle dans le cas où la mère est étrangère [1].

[1] Voyez, dans le même sens, de Folleville, *De la naturalisation*, p. 258 et 689 ; Valette, *Cours de droit civil*, p. 45 ; Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 232 ; Demolombe, t. I, n° 149 ; Cour de cassation du 22 décembre 1874, arrêt Zamitt et Ricordeau,

Si le droit admis dans la patrie de la mère se prononce dans le même sens, il y a lieu à ce que Boullenois appelait fraternité des lois, ce qui écarte le conflit. S'il en est autrement, la nature des choses et les tendances générales du droit français conduisent à penser qu'on doit le considérer comme ayant entendu faire prédominer sa propre compétence, en s'exprimant en termes généraux et sans distinction, dans les articles précités.

Il va sans dire qu'il faut, dans tous les cas, souhaiter que de pareils conflits soient, autant que possible, écartés par des traités diplomatiques.

L'enfant né sur le territoire français de parents inconnus soulève, nécessairement, le doute quant à sa nationalité. Nous ne pensons pas qu'on puisse dire avec Valette que l'ancien principe doit reprendre son importance dans ce cas [1]. Ce principe nous semble avoir été définitivement écarté et remplacé par une règle contraire.

Il faudrait un texte pour consacrer une exception. Valette cite comme tel les articles 16 et 19 d'un décret impérial du 19 janvier 1811, concernant les enfants trouvés ou abandonnés et les enfants pauvres. L'article 16 porte que ces enfants, élevés à la charge de l'Etat, sont entièrement à sa disposition; quand le ministre de la marine use de ce droit, est-il ajouté, la tutelle des commissions administratives, qui en étaient chargées, doit

Dalloz, 1875, I, 316. Dans un sens plus ou moins contraire, Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 186, n° 101, et autres auteurs cités dans les documents indiqués ci-dessus.

[1] Valette, *Cours de droit civil*, t. I, p. 45.

cesser. L'article 19 porte : « L'appel à l'armée comme conscrit fera cesser les obligations de l'apprenti. » Il n'y a rien là de suffisamment direct, clair et précis, pour faire admettre une exception modifiant un principe aussi solennellement consacré. Disons, au besoin, que ce décret ne suppose pas, nécessairement, qu'il s'agisse d'enfants nés sur le territoire et dont la nationalité n'est pas connue ; la seconde de ces conditions ne se réalise généralement pas au sujet d'enfants abandonnés et d'orphelins ; on sait communément quelle est leur origine.

Il serait désirable qu'un texte exprès vînt régulariser une telle position ; mais cette réglementation ne serait pas sans difficulté [1].

Les enfants nés, sur le territoire, de parents sans nationalité, doivent être considérés comme étrangers, en l'absence de tout texte contraire.

Des doutes se sont élevés sur la position de l'enfant conçu, mais non encore né, quand son père devient étranger. Deux questions distinctes se présentent : Quelle doit être la nationalité d'origine de cet enfant ? Ne conviendrait-il pas de lui faciliter les moyens de devenir Français?

La première de ces questions semble très nettement

[1] La Cour de cassation belge a refusé, dans ce cas, la nationalité et n'admet pas la possibilité de recourir à des présomptions. Il s'agissait d'un enfant naturel non reconnu (arrêt du 24 juin 1880) ; v. Dalloz, 1880, II, p. 209. Voir dans un sens analogue Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 188, n° 103, et p. 199, n° 112.

résolue par l'article 10 du Code. Le texte parle de naissance, mais l'idée principale est, bien certainement, celle de la filiation ; or, ce rapport de filiation existe dès la première phase de la vie, la naissance n'en est que la suite et la conséquence.

Une loi des 7-12 février 1851, dont nous parlerons plus loin, peut sembler applicable au second aspect de notre sujet ; nous y reviendrons.

L'idée mise en avant par M. Laurent [1], de donner à l'enfant le droit de choisir entre les deux nationalités, aurait besoin d'un texte pour être admise. Elle paraît, d'ailleurs, peu conforme au caractère d'ordre public dont toute cette matière est empreinte, et à la nécessité de ne pas laisser dans un état provisoire une position qui intéresse à un si haut point la société tout entière.

66. — Nous devons rechercher, maintenant, comment la nationalité française peut être acquise autrement que par la descendance de Français.

Cette naturalisation se présente sous deux aspects différents : elle peut dépendre de la loi, fixant des conditions telles, que la nationalité doit être accordée quand elles sont accomplies, ou d'une concession facultative du pouvoir exécutif.

Certains cas semblent se présenter comme intermédiaires, la naturalisation dépendant d'appréciations morales à faire.

Nous débuterons par la première de ces catégories.

[1] *Droit civil international*, t. III, p. 191, nº 106.

L'adoption n'étant qu'une filiation fictive, se présente, en premier lieu, comme pouvant produire des effets analogues à ceux d'une descendance effective. Deux questions doivent être successivement abordées : Un Français peut-il adopter un étranger ? Cet acte, supposé possible, confère-t-il la nationalité ? La première de ces questions sera plus convenablement étudiée sous la rubrique de la famille.

On ne peut résoudre la seconde que négativement, en l'absence de tout texte. L'article 348 portant que l'adopté reste dans son ancienne famille, confirme cette solution [1]. Ajoutons que ce serait chose grave que de reconnaître à un particulier le droit d'introduire un étranger dans l'Etat, par un simple acte de volonté individuelle. L'on ne saurait argumenter par analogie, ni des effets du mariage en ce qui concerne la femme, ni de ceux de la reconnaissance de l'enfant naturel. Les premiers s'appuient sur de puissantes considérations sociales ; les seconds dérivent moins d'un acte purement volontaire que d'un fait tenu pour constaté.

L'article 9 du Code civil est ainsi conçu : « Tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étran-

[1] La question ne paraît pas douteuse. Voir spécialement Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 191.

ger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission. »

Diverses modifications ont été successivement apportées à cet article pour en faciliter, en augmenter ou en modifier les effets, en vue de circonstances spéciales.

1° Aux termes d'une loi des 22-23 mars 1849, l'étranger qui sert ou a servi dans les armées françaises de terre ou de mer, ou qui a satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité, peut réclamer le bénéfice de cet article, même après l'année qui suit l'époque de sa majorité.

2° Une loi des 7-12 février 1851 déclare le même article applicable aux enfants de l'étranger naturalisé Français, quoique nés en pays étranger, s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation. Elle le déclare également applicable, pendant l'année qui suit celle de cette naturalisation, aux enfants qui étaient majeurs à cette époque; il n'importe qu'ils soient nés en France ou à l'étranger. Ces dispositions tendent à faciliter l'unification de la famille.

3° La même loi porte que tout individu né en France d'un étranger, qui lui-même y est né, est Français, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger. Cette dis-

position a été modifiée par une loi des 16-29 décembre 1874, exigeant que la déclaration se fasse, soit devant l'autorité municipale du lieu de la résidence de l'étranger, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires de la France à l'étranger. Il faut justifier, en outre, avoir conservé sa nationalité d'origine. Cette justification doit se faire par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeure annexée à la déclaration. Cette dernière loi se termine par une disposition contraire aux principes adoptés par la France en cette matière, comme nous le verrons plus tard. Les jeunes gens dont il s'agit, peuvent s'engager dans l'armée de terre ou de mer, ou entrer dans les écoles du gouvernement, à l'âge fixé par les lois et règlements, en déclarant qu'ils renoncent à réclamer la qualité d'étranger dans l'année qui suivra leur majorité. Cette déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père, ou, à défaut du père, de la mère, ou, à défaut du père et de la mère, avec l'autorisation du conseil de famille. Elle ne doit être reçue qu'après les examens d'admission et s'ils ont réussi.

Tout n'est pas faveur dans cet ensemble de dispositions relatives aux natifs de seconde génération. On a voulu atteindre, par là, toute une classe d'étrangers qui, s'établissant en France sans s'y faire naturaliser, profitaient des avantages sociaux sans en supporter les charges les plus lourdes [1]. On peut se demander si ce genre de

[1] Les lois citées plus haut sont transcrites avec des documents annexes dans le Recueil périodique de Dalloz.

naturalisation sera toujours reconnu à l'étranger, et s'il ne pourra pas en résulter des conflits analogues à ceux dont nous parlerons plus tard au sujet des enfants mineurs d'un Français qui s'est expatrié avec sa famille.

L'article 9 du Code et les lois que nous avons citées comme s'y rapportant plus ou moins directement, soulèvent plusieurs questions: 1° Quelle loi doit fixer la majorité dont il s'agit; 2° à quelle époque remontent les effets de la naturalisation; 3° la naissance doit-elle seule être prise en considération, la conception n'a-t-elle aucune importance?

La majorité dont il s'agit au sujet des natifs de seconde génération, est textuellement énoncée comme régie par la loi française. Nous ne voulons pas dire que cela soit, bien certainement, conforme aux principes d'une saine doctrine. L'Etat étranger pourra ne pas reconnaître, en ce qui le concerne, les effets d'une telle disposition; mais, pour la France, aucun doute n'est possible en droit positif.

La majorité mentionnée en l'article 9 ne peut être régie que par la loi nationale de l'étranger. Il s'agit d'un acte de volonté qui doit émaner d'une personne capable. Cette personne est encore étrangère et nous avons vu qu'il résulte du texte et de la discussion de l'article 3, que l'état et la capacité des étrangers restent, en principe, sous l'empire de la loi de l'Etat dont ils sont ressortissants. La diversité des textes pourrait, au besoin, confirmer cette différence entre l'article 9 et la loi de 1851. Les rédacteurs de cette dernière ont cru nécessaire

de mentionner, expressément, la majorité française, bien que l'idée pût sembler suffisamment indiquée par la nature des choses, la nationalité étant conférée de plein droit, sous réserve de la refuser plus tard[1]. Nous croyons même que, si la loi étrangère imposait des conditions propres à la capacité de s'expatrier, il devrait y être satisfait. Il y aurait là une majorité spéciale à laquelle la nature des choses forcerait de s'arrêter.

On se demande ce qu'il en devrait être au sujet d'enfants nés de parents sans patrie. Nous croyons que dans ce cas, en l'absence de toute autre majorité possible, il faudrait s'arrêter à celle qui est fixée par la loi française. Il ne peut pas y avoir de conflit en pareilles circonstances. La loi française est d'autant plus compétente, qu'il s'agit d'un bienfait à obtenir. De puissantes nécessités sociales conduisent, d'ailleurs, à s'arrêter à la loi du domicile ou même à celle de la résidence, quand il n'y en a pas d'autre plus compétente[2].

La question des effets rétroactifs que la naturali-

[1] Voir, sur cette question fortement controversée, l'arrêt Hartog, rendu le 6 février 1878 par la Cour de cassation de Belgique, dans le sens de la majorité belge; Dalloz, 1880, II, p. 89, et les références ; M. Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 197, se prononce, au contraire, dans le sens de la majorité du pays dont l'étranger est originaire. S'il s'agissait de faire de la théorie spéculative, il pourrait convenir de s'arrêter à la majorité la plus tardive, pour prévenir les conflits; mais c'est de droit positif qu'il faut s'occuper ici.

[2] Savigny, *Système*, t. VIII, § 359, p. 106; Laurent, *Droit civil international*, t. III, nos 252 et 253, t. V, no 282.

sation peut avoir, semble résolue dans le sens affirmatif, par le texte de la loi de 1851 : l'individu dont il s'y agit est déclaré Français, s'il ne satisfait pas à certaines conditions. Si cette nouvelle nationalité est maintenue, elle doit ressortir ses effets dès l'origine. Si elle est, au contraire, refusée valablement, elle doit, semble-t-il, être considérée comme n'ayant jamais existé. Disons-le, toutefois, cette règle n'est applicable que dans la mesure du possible ; il peut être difficile de faire abstraction de certains faits, consommés durant l'état provisoire.

L'ancienne nationalité n'est pas récupérée, mais conservée. Le législateur paraît avoir admis une sorte de condition résolutoire : on pourrait argumenter, au besoin, des termes plus précis de l'article 1183 du Code civil.

Il est vrai que ce texte n'est pas directement applicable, parce qu'il ne s'agit pas ici d'une convention, mais d'une loi ; le principe n'en doit pas moins être appliqué, s'il faut le considérer comme adopté par celle-ci[1]. C'est, d'ailleurs, ce qui paraît le plus conforme au droit du natif et à sa volonté qui semble, dans ce cas, se manifester dans le sens de la conservation de son ancienne nationalité. La loi doit être considérée comme ayant voulu concilier, autant que possible, les exigences naissant de la nécessité de combattre un abus, et le respect de la volonté individuelle, à laquelle on ne peut pas imposer une nationalité qu'elle n'accepte pas. Le refus doit, semble-t-il, ressortir des effets aussi complets que possible.

[1] Voir Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 242, note 22.

La question soulève le doute quand il s'agit de l'article 9, pris directement dans sa teneur originaire. Il semble, au premier coup d'œil, que la nationalité française n'étant pas désignée comme acquise dès la naissance, elle ne saurait ressortir ses effets avant la demande qui doit en être faite. C'est cependant, en ce sens, que la Cour de cassation s'est prononcée: elle fait remonter ces effets au jour de la naissance. Elle s'appuie sur trois arguments, l'un direct et les deux autres *a contrario*.

Le premier consiste à dire que l'article 9 n'a pas eu d'autre but que d'imposer certaines conditions à la concession de nationalité faite par l'ancien droit, à tout étranger né sur le territoire; que, ces formalités accomplies, la nationalité doit être acquise, avec les mêmes effets qu'autrefois. Il est ajouté que cette interprétation se trouve confirmée par le sens énergique du mot *réclamer*. Cette argumentation soulève, semble-t-il, bien des doutes.

L'ancien principe a été profondément modifié : l'individu naît étranger, il ne devient Français qu'à sa majorité, et par l'accomplissement de certaines formalités. L'effet rétroactif de cette acquisition devrait être justifié; c'est là un élément nouveau qui n'existait pas sous l'ancien droit, où il ne pouvait pas s'en agir, la nationalité française étant acquise dès l'origine et de plein droit. Ajoutons que les travaux préparatoires semblent contraires à cette interprétation. Nous avons vu que le Conseil d'Etat avait adopté précédemment une rédaction conforme à l'ancien principe et déclarant Français tout individu né sur le territoire.

Si l'on eût voulu conserver l'ancien sens, dans la position toute nouvelle qui était faite au natif, on aurait maintenu l'ancien texte, en y ajoutant seulement les conditions exigées. C'est ce qu'a fait la loi de 1851 pour les natifs de seconde génération. Il n'y a rien de semblable ici, le texte a été complètement changé. Le mot *réclamer* s'explique, plus naturellement, par l'idée qu'il s'agit d'un droit et non d'une grâce à demander. Les conditions loyalement accomplies, la naturalisation ne saurait être refusée. Ce mot ne semble pas, d'ailleurs, en lui-même, indiquer un effet rétroactif qui aurait, même, un caractère exceptionnel.

Les arguments *a contrario* qui sont invoqués ne semblent pas bien puissants. Il paraît difficile, en premier lieu, de voir pourquoi, de ce que l'article 10 porte que l'enfant privé de la nationalité française, par le fait de son père, peut la recouvrer, il faudrait induire qu'il s'agit, dans l'article 9, d'une nationalité d'origine. Le mot *recouvrer* n'était pas possible dans l'article 9. Il se présentait assez naturellement à l'esprit dans l'article 10, puisqu'il s'agissait de récupérer l'ancienne nationalité de sa famille et que cette circonstance était prise en considération, pour accorder des facilités exceptionnelles.

Nous ne pensons pas, non plus, qu'on puisse argumenter, avec bien de la force, de ce que l'article 20, qui exclut la rétroactivité en cas de recouvrement de la nationalité française, ne mentionne pas l'article 9. Une disposition semblable était-elle nécessaire pour exclure l'idée d'un effet rétroactif de l'article 9 ? La position n'était

pas identique dans les deux cas : les rédacteurs ont pu croire que l'idée d'un effet rétroactif pouvait naître de celle d'un recouvrement: il n'y avait rien de pareil dans l'article 9; il s'agissait d'une nationalité complètement nouvelle. On ne pouvait aborder l'idée d'un temps intermédiaire où il y aurait une lacune à combler.

On pourrait, cependant, rechercher s'il n'y a pas là des droits conditionnels généralement rétroactifs, aux termes du Code civil, articles 1179 et annexes. Nous l'avons admis au sujet de la loi de 1851 combinée avec l'article 1183. Le texte de cette loi nous a paru conduire à ce résultat. Celui de l'article 9 étant fort différent, l'on se demande s'il faut y suppléer par les principes généraux.

Bien des doutes peuvent s'élever à cet égard : avant la demande, il n'y a ni contrat, ni acte de volonté, pouvant servir, comme dans le cas directement prévu par l'article 1183, à fixer l'époque à laquelle les effets devraient remonter. Les droits dont il s'agit sont, d'ailleurs, profondément empreints d'ordre public. Cette acquisition de nationalité intéresse les tiers, ce qui conduit à une interprétation stricte. L'article 1179 suppose une convention à la date de laquelle les effets doivent remonter. Or, il ne peut être question de convention avant le jour de la déclaration faite par le natif [1].

[1] Consulter sur cette controverse Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 238, qui voient dans le système de la Cour de cassation une sorte de transaction admise entre l'ancien et le nouveau système. C'est une supposition qui devrait être justifiée. Cour de cassation, arrêt de B... du 19 juillet 1848 ; Dalloz, 1848, I,

Dans le système de la rétroactivité, l'on doit se demander s'il ne faudrait pas remonter à l'époque de la conception. Il semble impossible de remonter plus haut que le fait servant seul de base à la naturalisation [1].

L'étrangère qui épouse un Français acquiert la nationalité de son mari. C'est là une disposition d'ordre public, qui a sa base dans une bonne organisation de la famille. Le mariage contracté de bonne foi doit, quoique nul, produire cet effet, aux termes des articles 201 et 202 du Code civil [2]. Nous reviendrons sur ce sujet en parlant du mariage.

Il se peut que les législations régissant les futurs époux, ne soient pas d'accord. La loi personnelle de l'étrangère peut ne pas reconnaître un tel mode d'expatriation de sa ressortissante. Il en résultera, généralement, un cas de double nationalité. Les deux patries ainsi réunies en la même personne, devront se concilier dans la mesure de ce qui sera possible. Dans les cas où il faudrait nécessairement se prononcer dans un sens ou dans l'autre, l'élément français devrait l'emporter, parce que le droit commun consacre ce changement de nationalité et fait généralement prédominer la loi personnelle du

p. 129 et la note. Voir les autorités citées dans le dernier Code Sirey, sous l'article 9, n° 18.

[1] Voir Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 193, n° 107.

[2] Voir de Folleville, *Naturalisation*, p. 178; Merlin, *Répertoire*, v. Mariage, section 6, § 2, question 4; Demolombe, t. III, nos 354 et 355. C'est un sujet sur lequel nous aurons à revenir plus tard.

mari sur celle de la femme. Nous parlerons plus loin de l'article 19.

Nous devons aborder, maintenant, un ensemble de cas où il est plus ou moins facultatif d'accorder ou de refuser la nationalité française. Il y a là tout un mouvement législatif tendant à élargir les conditions voulues pour la naturalisation, tout en consacrant la faculté de l'accorder ou de la refuser.

La Constitution de l'an VIII (15 décembre 1799) admettait une naturalisation de droit qui résultait d'un séjour de dix ans, se réalisant en certaines circonstances. Il y fut dérogé par un sénatus-consulte organique du 19 février 1800, et par un décret du 17 mars 1809, actes qui ont été plus ou moins reproduits dans les dispositions subséquentes.

Une loi des 3-11 décembre 1849, sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France, permet de réduire le stage à une année, en considération de circonstances indiquées ; mais elle rend, d'autre part, la naturalisation facultative [1]. Cette loi a été modifiée sur divers points par une loi des 29 juin-5 juillet 1867 sur la naturalisation. Le stage ordinaire est fixé par celle-ci à trois ans et le pouvoir facultatif du gouvernement s'exerce avec une plus grande liberté [2].

Des conditions spéciales ont été exigées, pendant longtemps, pour obtenir le droit d'éligibilité dans les Cham-

[1] Elle est insérée, avec diverses annexes, dans Dalloz, 1849, IV, p. 171.

[2] Dalloz, 1867, IV, p. 70.

bres législatives. Cette doctrine, déjà mentionnée dans une ordonnance du 4 juin 1814, qui l'appuyait sur l'ancien droit, soulevait la controverse au sujet de sa persistance après tous les changements constitutionnels survenus en France. Elle fut textuellement abrogée par une loi du 29 juin-5 juillet 1867 [1].

Nous mentionnons ici, quoiqu'ils ne présentent qu'un intérêt transitoire, divers documents qui ne sont pas sans importance historique. Un décret des 28-31 mars 1848 donnait provisoirement au ministre de la justice le pouvoir de conférer la naturalisation, dans les cas où il serait satisfait à certaines conditions. Un décret du 12 septembre 1870 autorisa le même fonctionnaire à se passer provisoirement de l'avis du Conseil d'Etat, qui était alors désorganisé. Les décrets des 26-31 octobre, 19-22 novembre 1870 ont eu pour but de faciliter considérablement la naturalisation des étrangers qui prendraient part à la guerre de cette époque pour la défense de la France [2].

Nous n'avons pas à nous occuper, ici, de la naturalisation résultant de la conquête, de l'annexion par traités ou d'autres causes politiques. Ce sujet appartient au droit public, beaucoup plus qu'au droit civil ; il reçoit, d'ailleurs, profondément l'empreinte des stipulations et des circonstances propres à chaque cas spécial.

Nous avons déjà vu que, dans les colonies, la natura-

[1] Dalloz, 1867, IV, p. 70. Voir l'article 1er de la loi précitée des 3 et 11 décembre 1849.

[2] Dalloz, 1870, IV, p. 99 et 132.

lisation n'entraîne pas toujours une assimilation complète quant au droit. C'est ainsi que les juifs originaires d'Algérie n'ont été soumis aux lois françaises, quant à leur statut personnel, que par le décret des 24 octobre-7 novembre 1870, les déclarant citoyens français.

67. — On peut ramener à sept chefs principaux les causes produisant la perte de la nationalité française : 1° Naturalisation acquise en pays étranger ; 2° acceptation, non autorisée par le chef de l'Etat, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger; 3° établissement à l'étranger sans esprit de retour; 4° mariage d'une Française avec un étranger ; 5° acceptation d'un service militaire à l'étranger, ou affiliation à une corporation militaire étrangère, sans l'autorisation du chef de l'Etat; 6° possession ou trafic d'esclaves, même en pays étrangers ; 7° démembrement de territoire. C'est un sujet susceptible de bien longs développements; nous nous contenterons d'en exposer les traits généraux, en nous arrêtant, de préférence, à ce qui se trouve le plus directement en rapport avec le droit civil.

Disons, d'abord, pour n'y pas revenir, que l'article 17 du Code civil mentionnait, originairement, une autre cause d'expatriation: l'affiliation à toute corporation étrangère qui exigerait des distinctions de naissance. Cette disposition devait disparaître par suite du rétablissement de la noblesse; elle ne fut pas reproduite dans l'édition du 3 septembre 1807 [1].

[1] Voir la loi du 3 septembre 1807, relative à cette édition.

Ajoutons, aussi, pour ne pas nous y arrêter longuement, que de graves complications se sont produites dans ce sujet par deux décrets impériaux et deux avis du Conseil d'Etat s'y rapportant.

Le premier de ces décrets porte la date du 6 avril 1809, et déploie une grande rigueur contre les Français qui auront porté les armes contre leur patrie, ou qui, rappelés de l'étranger, ne rentreront pas en France.

Le second de ces décrets est encore plus redoutable, parce qu'il frappe, avec une grande sévérité, des faits dont la culpabilité peut sembler plus ou moins douteuse. Il est du 26 août 1811, et concerne, tant les Français naturalisés en pays étrangers, avec ou sans l'autorisation du gouvernement, que ceux qui sont déjà entrés ou qui voudraient entrer, à l'avenir, au service d'une puissance étrangère.

Les deux avis du Conseil d'État, en date des 21 janvier et 22 mai 1812, ont pour but de résoudre diverses questions qui s'étaient élevées sur ce sujet.

Cette législation de l'époque impériale devait soulever, par les excès de pouvoir qui s'y sont produits, une longue polémique, dont la solution ne paraît pas encore définitive. Il semble, cependant, qu'on arrive au résultat suivant : le Sénat conservateur n'ayant pas déclaré ces dispositions inconstitutionnelles, il serait difficile de les écarter en bloc ; on doit se contenter de rechercher dans quelle mesure elles se trouvent abrogées par les constitutions ou par les lois qui les ont suivies. La question se perd, ainsi, dans des détails auxquels nous ne saurions nous arrêter.

Nous laisserons également de côté les causes mentionnées sous les numéros 6 et 7. La première a pour objet la propriété d'esclaves ou une participation à quelque trafic la concernant; elle a quelque chose de trop spécial pour que nous nous en occupions. Les documents principaux s'y rapportant sont un décret du 27 avril 1848 et une loi du 28 mai 1858, modifiant le premier [1]. La convenance d'une telle pénalité semble douteuse.

La seconde, naissant de démembrements territoriaux, paraît rentrer dans le droit public. Les solutions qui s'y rattachent dépendent, d'ailleurs, le plus souvent, de l'interprétation de textes spéciaux et de l'appréciation des circonstances dans lesquelles ces textes sont intervenus.

Nous aborderons successivement chacune des autres causes énumérées plus haut.

I. L'article 17 du Code civil mentionne la naturalisation acquise en pays étranger, comme première cause emportant perte de la nationalité française. Il se présente, ici, deux genres de questions principales : 1° Quand la cause dont il s'agit doit-elle être considérée comme accomplie? A quelles conditions peut-elle l'être? Il résulte du texte que la naturalisation étrangère doit être définitivement accordée; une demande adressée serait insuffisante. Il faut en dire autant d'une abdication pure et simple. Non seulement il n'y a pas de texte qui l'admette, mais encore, une proposition faite dans ce sens au Conseil d'Etat fut repoussée [2].

[1] Voir de Folleville, p. 400.

[2] Locré, *Législation civile*, sous l'article 17.

Les conditions exigées pour l'expatriation se présentent sous deux aspects se rapportant l'un à l'Etat, l'autre aux individus.

Aucun texte du Code n'indique l'autorisation du gouvernement français comme nécessaire pour obtenir valablement une nationalité étrangère. Cette nécessité se manifeste, d'ailleurs, comme indirectement exclue, par l'ensemble de l'article 17 [1].

Il faut qu'il y ait une véritable naturalisation, ce qui suppose que l'individu dont il s'agit a été réellement incorporé dans l'Etat qui doit être sa nouvelle patrie. Une autorisation d'avoir un domicile sur le territoire serait, bien certainement, insuffisante. Il en serait de même de la *dénization* anglaise, qui ne confère qu'une demi-naturalisation. D'autres cas soulèvent le doute. On peut hésiter, par exemple, quand il s'agit d'une naturalisation ne conférant pas les droits politiques. Cette simple restriction suffira-t-elle pour écarter l'idée d'une véritable naturalisation ? Cela peut dépendre de la question de savoir si les indigènes sont généralement admis à l'exercice de ces droits, ou s'ils ne le sont qu'à des conditions restreintes [2].

[1] Voir toutefois le décret impérial du 26 août 1811 cité plus haut, p. 222.

[2] Voir, sur ces difficultés diverses, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, § 74, p. 268, 4e édition; Demolombe, t. I, n° 179; Massé, *Droit commercial*, 2e édition, t. II, n° 992; Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 361, n° 208. Cour de cassation, arrêt du Breigneux du 16 février 1875; Dalloz, 1876, I, p. 49.

Aucune condition spéciale de capacité n'est exigée en cette matière; mais il s'est élevé de graves questions surgissant des liens de la famille : la femme mariée peut-elle s'expatrier sans autorisation maritale ou judiciaire? L'expatriation du mari entraîne-t-elle, de plein droit, celle de la femme? Quelles conséquences celle du père doit-elle avoir au sujet des enfants mineurs? A ces trois questions principales s'en rattache une quatrième: quel doit être l'effet d'une expatriation demandée en fraude de la loi française ou d'un intérêt privé?

Toutes ces questions ont provoqué, de nos jours, de bien tristes débats, dans le détail desquels nous ne pourrions entrer. Nous devons, toutefois, en donner une idée générale.

La femme prend, en se mariant, la nationalité de son mari (Code civil, articles 12 et 19). C'est là une des dispositions qui dérivent d'un principe supérieur d'ordre public. Les effets s'en produisent par le fait même du mariage, indépendamment de toute volonté et même de toute capacité personnelle se rapportant directement à ce résultat. Au-dessus de ces dispositions spéciales paraît se trouver le principe supérieur dont elles nous semblent être les conséquences.

Nous ne pensons pas que, dans l'état normal du mariage, la femme puisse, même avec l'autorisation du mari, acquérir une autre nationalité que celle de celui-ci. Ce serait mettre à néant, par un acte de volonté individuelle, les effets d'une disposition d'ordre public, et rompre l'unité qui, bien certainement, est dans le vœu de la loi (Code civil, articles 12 et 19).

En admettant que l'autorisation du mari pût légitimer une telle combinaison, nous ne pensons pas qu'il fût possible d'y suppléer par un acte judiciaire; il s'agit ici d'un fait bien supérieur en importance à ceux auxquels se rapportent les articles 218 et 219 du Code civil.

La position ne nous semble pas modifiée par la séparation de corps. Le lien du mariage subsiste, il faudrait un texte pour introduire un tel changement dans les conséquences qui doivent en résulter, et ce texte n'existe pas.

Ce n'est là, toutefois, que le côté français de la question. Il est possible que, faute de s'entendre, on soit conduit à une nationalité multiple, avec toutes les conséquences qu'elle peut avoir; le procès Bauffremont nous en a donné un bien triste exemple. Il faut veiller à ce que de tels spectacles ne se renouvellent pas à l'avenir. On ne peut y parvenir que par des traités diplomatiques. Le maintien du droit le plus ancien semble pouvoir en être la base la plus rationnelle.

Autre et plus difficile est la question de savoir si la femme peut être revêtue, de plein droit et sans son consentement, d'une nouvelle nationalité que son mari a demandée et obtenue. Les articles 12 et 19 nous paraissent conserver, ici, l'importance que nous avons signalée ci-dessus. Il se présente, cependant, un élément nouveau : la nationalité du mari n'est plus la même qu'au moment du mariage ; peut-il, par un acte de sa volonté, soumettre sa femme à une éventualité qu'elle a pu ne pas prévoir ?

On hésite entre deux principes : celui de l'unité dans la famille, qui semble devoir faire prendre ces articles dans un sens absolu, celui de l'indépendance individuelle, qui est fortement intéressée à ce que l'engagement contracté par le mariage ne porte que sur la nationalité actuelle, ou à ce que, tout au moins, une nationalité nouvelle ne puisse pas être imposée par un acte de pure volonté.

La nature des choses et les termes absolus de nos articles présentés comme conséquences du mariage, nous font incliner, fortement, vers le premier de ces deux systèmes. Les travaux préparatoires auxquels on fait, d'ailleurs, appel de part et d'autre, sont trop vagues pour exercer une influence décisive sur cette matière [1]. Il faut s'arrêter aux textes votés par le Corps législatif. L'avis opposé compte, toutefois, de nombreux partisans [2].

La question se présente en des termes différents, quant aux enfants qui étaient encore mineurs au moment de l'expatriation de leur père. Il semble qu'on doive dire, au point de vue du droit français, qu'aucun texte ne donnant au père le droit de disposer de la nationalité de ses en-

[1] Locré, *Législation civile*, sous les articles 12, 19 et 214.

[2] Voir de Folleville, *Naturalisation*, p. 442 ; Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 284 ; *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 17, n° 34. Nous ne pouvons nous empêcher de demander si l'on ne donne pas une trop grande importance à une volonté individuelle plus ou moins présumée, ou plus ou moins présumable, dans un sujet aussi fortement empreint d'ordre public.

fants, ceux-ci doivent conserver la position qu'ils avaient acquise dès le jour de leur conception. Le principe de l'unité dans la famille a cependant prévalu dans certaines législations, spécialement en Suisse. Il devait en résulter une double nationalité, donnant lieu à de nombreuses difficultés, relativement à la conscription. Ces difficultés ont, fort heureusement, conduit à un traité conclu entre la France et la Suisse, le 23 juillet 1879 [1].

Nous avons dit que la question paraît se présenter autrement pour les enfants que pour la femme. Cela nous semble vrai tant en droit positif français, qu'en droit purement spéculatif. Sous le premier de ces aspects, le problème consiste à rechercher si tel pouvoir se trouve effectivement compris dans les attributions du père de famille. Aucun texte ne peut être cité directement ni indirectement dans ce sens; nous avons vu qu'il n'en est pas de même au sujet de la femme, celle-ci devant, en se mariant, revêtir la nationalité de son mari. En théorie spéculative, l'autorité juridique du père est moins permanente que celle du mari. Elle a quelque chose de plus étroitement personnel; celle du mari intéresse au contraire l'ensemble de la famille (Code civil, article 225). En reti-

[1] Voir Dalloz, 1881, IV, p. 64. Voir aussi, pour la doctrine et la jurisprudence françaises, le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 17, nos 25 et suivants. La Cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois dans le sens du maintien de la nationalité des enfants. Voir spécialement l'arrêt de cassation du 19 août 1874 (Préfet de la Haute-Savoie), Dalloz, 1875, I, p. 151 et la note.

rant la nationalité française à ceux de ses ressortissants qui se font naturaliser à l'étranger, la France prend, en quelque sorte, l'engagement de reconnaître les effets d'une telle naturalisation dans tous les cas où sa loi n'en prononcera pas la nullité. C'est là ce que semblent exiger les intérêts généraux qui se trouvent impliqués en de telles circonstances. Le texte même de l'article 17, parlant d'une naturalisation acquise, suppose, en général, que cet acte ressortira ses effets ordinaires en pays étrangers.

Une exception semble, toutefois, devoir être admise pour les cas où la naturalisation aurait été recherchée en fraude de la loi française, ou d'un intérêt placé sous la protection de cette loi. Il s'agit là, d'ailleurs, non d'une nullité absolue, mais d'une inopposabilité sur le territoire français. Cette restriction des effets de la fraude résulte de la nature des choses : la France ne peut statuer que dans les limites de sa compétence. Elle n'a pas qualité pour annuler la naturalisation conférée par une puissance étrangère; tout ce qu'elle peut faire, c'est de ne pas reconnaître l'acte, en tant que portant atteinte à sa loi. La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée dans ce sens, spécialement dans le fameux procès de Bauffremont [1]. Tout cela repose sur des considérations d'ordre public.

II. Les fonctions publiques ayant pour conséquence de placer les personnes qui en sont revêtues dans des

[1] Voir Dalloz, 1878, p. 201 et les références.

rapports de dépendance spéciale, il était plus ou moins naturel de s'en préoccuper au sujet de la nationalité; mais ce n'en est pas moins un sujet très difficile à réglementer. De grandes incertitudes peuvent s'y produire, soit pour les individus s'y trouvant directement impliqués, soit pour la société tout entière. On se demande si une autre pénalité ne serait pas préférable.

Il faut rechercher, en premier lieu, ce qu'on doit entendre par fonctions publiques rentrant sous l'application de notre article. Des actes ne se rattachant pas à un engagement d'une certaine durée, seront-ils suffisants pour constituer une fonction? Dans quels cas faudra-t-il reconnaître des fonctions publiques? On trouve quelques dispositions plus précises à cet égard dans le décret du 6 avril 1809 et dans l'avis du Conseil d'Etat du 21 janvier 1812 que nous avons mentionnés plus haut. Ces dispositions devront être respectées en tant qu'elles seront considérées comme valides. On peut citer également un décret du 7 janvier 1808, se rapportant aux fonctions ecclésiastiques [1].

III. L'établissement en pays étranger, sans esprit de retour, constitue bien une sorte d'abdication; mais cette abdication se caractérise en ce sens qu'elle indique, implicitement, le désir de se fixer à l'étranger. L'observation n'est pas sans importance: l'abandon de la patrie doit résulter de la volonté de s'établir ailleurs. Il n'est

[1] Voir les nombreux documents indiqués à cet égard dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 17, nos 38 et suivants.

pas nécessaire, toutefois, qu'il y ait acquisition d'une autre nationalité ; cela ferait double emploi avec le numéro 1er de l'article 17. Cette disposition, prise dans son état actuel, prête beaucoup à la critique, soit parce qu'elle suppose une appréciation fort difficile à faire, soit parce qu'elle conduit à créer toute une catégorie de personnes n'ayant pas de patrie. Les mots *sans esprit de retour* sont bien vagues. On ne peut exiger que le Français établi à l'étranger prouve qu'il a conservé de telles dispositions. Celles-ci doivent se supposer, parce qu'elles sont conformes aux sentiments naturels. L'esprit de retour, en tant que sentiment moral, n'est pas un fait stable et manifeste : il flotte au gré des événements actuels et d'une appréciation de l'avenir qui, elle aussi, peut changer d'un instant à l'autre. Boulay disait dans son exposé des motifs : « Il faudra de bien fortes preuves pour accuser un Français d'un tel abandon [1]. »

A quel moment devra-t-on se placer pour apprécier ces faits ; l'effet n'en sera-t-il pas détruit, si des faits contraires viennent leur succéder ?

IV. L'article 19 s'énonce de la manière suivante : « Une femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari.

« Si elle devient veuve, elle recouvre la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y

[1] Voir Locré, *Législation civile* etc., sous l'article 17, VI, 9 et VIII, 23. Pothier s'était prononcé dans le même sens, *Traité des personnes*, 1re partie, titre 2, section 4.

rentre avec l'autorisation du gouvernement, en déclarant qu'elle veut s'y fixer. »

Il va sans dire, croyons-nous, que, sous réserve des effets de la bonne foi, l'application de notre article dépend de la validité du mariage.

Cette disposition soulève, malheureusement, une question plus difficile à résoudre : la nationalité française sera-t-elle perdue quand la femme ne pourra pas acquérir celle de son mari, soit parce que celui-ci n'a pas de patrie, soit parce que sa loi nationale s'oppose à une telle concession ?

Nous voudrions pouvoir dire que cette nationalité ne se perd que par l'acquisition d'une autre ; mais nous ne croyons pas qu'une telle solution puisse être admise, comme interprétation du Code. Ainsi compris, l'article 19 ferait double emploi avec la disposition première de l'article 17. Il serait en désaccord, soit avec son texte, soit avec la rubrique sous laquelle il est placé. Nous croyons qu'on doit l'entendre dans ce sens que, dans les limites de sa compétence, la loi française considérera cette femme comme partageant la condition de son mari [1].

V. L'article 21 porte que « le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prendrait du service militaire chez l'étranger, ou s'affilierait à une compagnie militaire étrangère, perdra sa qualité de Français. »

[1] Voir sur ces questions Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 278 et suivantes ; de Folleville, *Naturalisation*, p. 381 et suivantes.

Ce cas présente quelque analogie avec l'acceptation de fonctions publiques, prévue en l'article 17. Il est, toutefois, beaucoup plus grave, ce qui explique la plus grande sévérité dont il a été l'objet. C'est tout particulièrement ici que le sujet se complique de la législation impériale mentionnée plus haut. On doit rechercher dans quelle mesure les règles de droit pénal, sanctionnées par cette législation, peuvent encore être invoquées en cette matière. Il est généralement admis que l'application de cet article suppose un engagement pour un temps plus ou moins long ; un service occasionnel et momentané serait insuffisant.

68. — Le recouvrement de la nationalité française s'opère de diverses manières. On peut en reconnaître trois catégories distinctes, selon qu'il a lieu en faveur de la personne qui a éprouvé la perte, de celle de ses descendants immédiats, ou de tous autres.

I. La première de ces catégories fait l'objet des articles 18, 19, 20 et 21 du Code, portant les dispositions suivantes : « Art. 18. Le Français qui aura perdu sa qualité de Français, pourra toujours la recouvrer en rentrant en France avec l'autorisation du gouvernement, et en déclarant qu'il veut s'y fixer et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française. » — « Art. 19. Si elle (la Française qui a épousé un étranger) devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du gouvernement, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer. » — « Art. 20. Les individus qui recouvreront la qualité de

Français, dans les cas prévus par les articles 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées par ces articles, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque. » — « Art. 21. Il (l'individu mentionné au présent article) ne pourra rentrer en France qu'avec la permission du gouvernement, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen ; le tout sans préjudice des peines prononcées par la loi criminelle contre les Français qui ont porté ou porteront les armes contre leur patrie. »

L'article 18 s'énonce en termes généraux ; il ne dit pas se rapporter seulement à la disposition qui le précède; il faut y voir un principe applicable à tous les cas, sauf disposition contraire. De pareilles exceptions se trouvent dans les articles 19 et 21.

L'article 19 prévoit deux hypothèses : si la veuve réside en France, il suffit, mais il est nécessaire qu'elle déclare qu'elle veut s'y fixer. Bien que le texte ne le dise pas, il résulte de la nature des choses que cette déclaration doit énoncer clairement la volonté de récupérer la nationalité française. Une demande d'autorisation pour domicile, faite aux termes de l'article 13, pourrait indiquer une volonté contraire. Le changement de nationalité doit, généralement, avoir son origine dans un acte de volonté.

Le texte exige deux conditions : 1° résider en France ou y rentrer avec l'autorisation du gouvernement et

2° faire la déclaration voulue. Celle-ci paraît nécessaire dans l'une et dans l'autre des deux hypothèses. L'autorisation du gouvernement ne semble exigée qu'autant qu'il n'y a pas résidence actuelle. De fortes autorités admettent, toutefois, qu'aucune déclaration n'est nécessaire quand la veuve réside en France au décès de son mari; la Cour de cassation s'est même prononcée plusieurs fois dans ce sens. L'article est, dans tous les cas, mal rédigé; mais, il nous semble que la nature des choses et la contexture grammaticale du texte, semblent indiquer cette déclaration comme nécessaire dans les deux hypothèses prévues. Il est bien difficile d'admettre qu'on ait voulu faire résulter un changement de nationalité d'une circonstance aléatoire dont la durée n'est pas même fixée [1].

II. L'article 10 est ainsi conçu : « Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français.

« Tout enfant né, en pays étranger, d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'article 9. » Il suppose dans ses deux parties qu'il s'y agit d'individus nés immédiatement de Français : une descendance plus éloignée ne serait

[1] Voir, sur ces questions controversées, Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 386, n° 219; de Folleville, *Naturalisation*, p. 179 et suivantes; Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 275; *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 19, n° 6; Cour de cassation, 13 janvier 1873; Dalloz, 1873, I, p. 297 (arrêt Ghezzi), et les références.

pas prise en considération. Le texte et la nature des choses conduisent à ce résultat.

Le mot *Français* doit, bien certainement, avoir un sens générique. Le fils naturel d'une Française qui aurait perdu sa nationalité par mariage ou autrement, pourrait en réclamer le bénéfice; mais il s'élève des doutes au sujet de l'enfant légitime né du mariage par lequel sa mère a perdu sa nationalité, ou même d'un mariage subséquent qui lui aurait conservé sa position d'étrangère. Le doute provient de ce que l'enfant légitime est, aux termes du droit commun, prédestiné, légalement, à revêtir la nationalité de son père: il semble, en conséquence, que l'enfant n'a pas été privé, dans ces circonstances, de la nationalité qu'il aurait dû avoir. Nous ne pensons pas, toutefois, que cela suffise pour écarter l'application de l'article. Le texte s'exprime en termes généraux. Il s'agit, d'ailleurs, d'un enfant qui a dans les veines autant de sang français que de sang étranger, et qui a toute une branche de sa famille en France [1].

L'article mentionne, dans ses deux dispositions, un enfant né à l'étranger. Nous avons déjà vu que ce texte doit être rectifié, ou tout au moins étendu par argument

[1] Voir sur cette question fort controversée et sur laquelle la Cour de Paris et la Cour de cassation de Belgique se sont prononcées dans le sens restrictif, Dalloz, 1875, II, p. 147 et 148 et les notes; Valette, *Cours de droit civil*, t. I, p. 50; Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 241 (4e édition); de Folleville, *Naturalisation*, p. 159, n° 211; Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 219, et le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 10, nos 26 et 27.

a fortiori, dans le cas où il s'agit d'un enfant né d'un Français sur le territoire. On se demande si une pareille extension doit être admise pour la seconde partie de l'article : l'enfant né d'un ci-devant Français pourra-t-il, s'il est né sur le territoire, invoquer l'article 10 après avoir négligé de recourir à l'article 9?

Les considérations invoquées au sujet du § 1er semblent s'appliquer au second : il serait bien difficile de penser que celui qui se trouve, en réalité, dans la position prévue par l'article 9, pourrait invoquer moins librement cet article que s'il était né à l'étranger ; il cumule deux motifs de faveur qui ne s'excluent pas naturellement ; il peut, en conséquence, invoquer l'argument *a fortiori*. La doctrine semble se prononcer généralement dans ce sens. Les renonciations ne doivent pas se supposer[1].

III. Les descendants de Français expatriés pour cause de religion peuvent aussi récupérer l'ancienne nationalité de leur famille. L'article 22 du décret des 9-15 décembre 1790 s'exprime de la manière suivante : « Toutes personnes qui, nées en pays étrangers, descendent, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, sont déclarées naturels français, et jouiront des droits attachés à cette qualité, si elles reviennent en France, y fixent leur domicile et prêtent le serment civique.

[1] Voir de Folleville, *Naturalisation*, p. 157 ; Demolombe, t. I, nº 166 ; Marcadé, t. I, p. 94 ; Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 218 ; Aubry et Rau, *Cours*, t. I, p. 241.

« Les fils de famille ne pourront user de ce droit sans le consentement de leurs père, mère, aïeul ou aïeule, qu'autant qu'ils seront majeurs et jouissant de leurs droits. »

La première partie de cet article a été insérée, avec d'autres dispositions, dans l'article 1er du titre 2 de la Constitution des 3-14 septembre 1791 portant : « Sont citoyens français..... ceux qui, nés en pays étrangers et descendants etc. »

Malgré les mots *sont citoyens*, ou *sont déclarés citoyens*, nous ne pensons pas que le législateur ait eu l'intention d'imposer cette qualité sans un acte de volonté des personnes intéressées. Pris dans leur ensemble, les textes paraissent ne laisser aucun doute à cet égard. Il semble en résulter qu'il ne doit pas y avoir d'effet rétroactif, résultant de cette nationalité. Il faut faire, toutefois, des réserves au sujet des biens dont les religionnaires auraient été dépouillés. La permanence de la nationalité française ne pourrait être admise que par une fiction manifestement contraire à la réalité. Il faudrait un texte pour en faire dériver un droit autre que celui de réclamer en tout temps [1].

Les enfants nés sur le territoire pourraient-ils invoquer ces dispositions ? Pris à la rigueur, les textes semblent

[1] Voir sur cette polémique de Folleville, *Naturalisation*, p.168, n° 223, et les autorités par lui citées, spécialement Merlin, *Répertoire*, v. *Religionnaires*, § 10, n° 7 ; Cour de cassation, arrêt du 17 juin 1813, Demolombe, t. I, n° 167 *bis* ; Aubry et Rau, *Cours*, t. I, § 70.

conduire à une réponse négative. Mais, une telle solution ne serait-elle pas contraire à l'intention la plus probable du législateur ? Les termes restrictifs de la loi ne s'expliquent-ils pas par le fait que les natifs étaient Français de plein droit ? La question n'en reste pas moins douteuse : on se demande s'il est possible de changer un texte qui, pris en lui-même, est régulier. L'article 9 semble être le seul moyen de récupérer l'ancienne nationalité.

69. — Le plan que nous avons adopté pour ce travail, nous impose une très grande réserve au sujet des effets qui doivent résulter d'un changement de nationalité. Deux législations interviennent généralement en pareille circonstance, celle de l'ancienne patrie et celle de la nouvelle. L'état et la capacité du Français, se rattachant à sa nationalité, devront naturellement changer avec celle-ci. Il se peut, toutefois, qu'ils soient maintenus, provisoirement tout au moins, si l'ancien domicile persiste, et si la nouvelle patrie le prend pour base en telle matière. C'est par l'effet de la loi étrangère qu'un tel résultat se produira.

Quant aux effets rétroactifs qui peuvent se présenter, nous avons vu qu'ils soulèvent des difficultés même au point de vue purement français.

De graves conflits naissent également des cas d'expatriation ne portant pas sur la famille entière.

Le plus prudent consiste à dire que ces questions ont été généralement renvoyées à la doctrine. Nous les verrons se représenter plus tard, sous des rubriques spéciales permettant de les étudier de plus près.

70. — Nous avons vu qu'il peut se faire, par suite de conflits regrettables, que tel individu n'ait pas de patrie. Cette existence qui ne se rattache à aucune nationalité ne peut pas rester placée en dehors de toute règle se rapportant à cet élément de la vie sociale ; dans quelle législation devra-t-on chercher les règles nécessaires à cet égard ?

Nous ne devons nous préoccuper, ici, que de droits purement civils, n'ayant aucun rapport avec la politique. Le problème semble facile à résoudre dans les pays restés fidèles à l'ancienne règle, admettant le domicile comme base de l'état et de la capacité des personnes ; mais il se pose autrement dans la France actuelle, où le principe contraire a été consacré. Il nous semble, comme à M. Laurent, que la force des choses conduit à s'arrêter, à cet égard, à la loi du domicile[1].

Il se peut, à l'inverse, que le même individu ait plusieurs patries. Des traités diplomatiques semblent seuls capables de résoudre les difficultés résultant d'une telle position. En l'absence de tels moyens de décision, la force des choses conduirait à s'arrêter à la loi de chacun des territoires pour y apprécier la validité et fixer la portée des actes qui y sont intervenus. On devrait, semble-t-il, préférer sur les territoires neutres, celle des deux lois sous l'empire de laquelle l'acte ressortirait le plus sûrement ses effets conformément à l'intention des parties. Il semble que, dans tous les cas, il conviendrait

[1] *Droit civil international*, t. III, n° 252 et 253, t. V, n° 282.

de rechercher s'il n'y a pas des motifs suffisants pour justifier la prépondérance de l'une de ces lois sur les autres.

Une nationalité d'honneur, accordée en vue d'un service rendu, ou d'une célébrité acquise, pourrait difficilement être mise sur le même rang que celle qui provient de l'origine. Le domicile s'ajoutant à l'une ou à l'autre pourrait faire pencher la balance de ce côté. Le lieu où l'acte intervient, l'objet dont il s'y agit et l'intention plus ou moins manifeste des parties pourraient aussi être pris en considération, dans certains cas tout au moins.

CHAPITRE IV.

Des actes de l'état civil.

71. Considérations générales. — 72. Droit interne, extensions dont il est susceptible. — 73. Actes intervenus à l'étranger. — 74. Application internationale de l'article 46 du Code civil. — 75. Rectifications (articles 99 et suivants du même Code).

71. — Certains événements de la vie civile ont une telle importance, qu'on éprouve, généralement, le besoin de les constater par un genre spécial de documents, placés, bien souvent, sous le contrôle de l'autorité publique ; c'est ce qu'on appelle actes de l'état civil.

Ce qui prédomine dans ces actes, c'est leur nature de preuve. L'élément de formalité substantielle a cependant

une grande importance dans la célébration du mariage, ce qui explique les différences de rédaction qu'on remarque dans les articles 47, 48 et 170 du Code civil.

Pris en eux-mêmes, les actes de l'état civil n'ont pour but que d'assurer, directement et uniquement, par les preuves et par les formalités qui s'y trouvent réunies, la reconnaissance des principaux faits de la vie civile. Ils devaient, comme tels, rentrer, bien naturellement, sous l'empire de la vieille règle *Locus regit actum*. Il faut, en conséquence, les classer dans ce que nous avons qualifié statut des faits juridiques; mais il est indispensable de fixer avec soin les limites dans lesquelles se renferment les conséquences qui doivent résulter de tels actes.

Trois choses, qui ne sont pas sans rapports avec eux, doivent en être distinguées; ce sont: 1° Des présomptions suppléant à leurs insuffisances; 2° des règles faisant ressortir les conséquences qui doivent en résulter; 3° les conditions de validité interne quand il s'agit de mariage.

L'acte de naissance, par exemple, prouve bien le fait auquel il se rapporte directement, mais il ne fixe pas l'époque de la conception et laisse, par conséquent, indécises toutes les questions qui peuvent s'y rapporter. Une présomption légale doit intervenir pour résoudre ces difficultés; auquel des trois statuts devra-t-elle être empruntée?

Les motifs qui ont fait admettre la vieille règle *Locus regit actum* semblent n'avoir rien à faire ici; la loi compétente quant au fond doit prédominer. C'est seulement

par induction qu'on peut conclure du fait de la naissance à celui de la conception; et cette induction repose, elle-même, sur des considérations générales et scientifiques ; la présomption qui doit en dériver ne peut généralement être formulée que par la loi compétente pour statuer sur le rapport de droit.

L'acte de mariage prouve bien la célébration qui en a été faite, mais il ne prouve ni sa validité quant au consentement et à la capacité des parties, ni quels effets il doit produire au sujet de la légitimation des enfants déjà nés, ni quel doit être le régime des biens entre époux.

Les conséquences qui doivent résulter des faits prouvés par les actes de l'état civil, dépendent uniquement de la volonté exprimée dans la loi compétente au fond.

Il y a là bien des questions que nous retrouverons plus tard sous les rubriques spéciales qui leur sont consacrées.

Il est bon de ne pas perdre de vue, que la production des actes de l'état civil est bien, en général, la preuve la plus régulière que l'on puisse invoquer en cette matière, mais qu'elle n'est pas la seule. Les dispositions qui nous occupent doivent, en conséquence, se combiner avec tout un ensemble de règles provenant soit du droit français, soit du droit étranger, permettant de recourir à d'autres genres de preuves.

72. — Le Code civil contient une série de dispositions relatives aux actes d'état civil qui interviennent sur le territoire et paraissent ainsi ne pas dépasser les bornes du droit interne français. Il est nécessaire de nous arrê-

ter quelques instants à un sujet tout spécial qui tient à la fois du droit territorial et du droit international.

L'article 48 s'exprime de la manière suivante : « Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls. » C'est là, comme nous l'avons vu, une sorte d'exterritorialité permettant à des fonctionnaires français d'exercer des actes de souveraineté nationale, hors des frontières de l'Etat. Cette compétence est exceptionnelle, elle ne peut reposer solidement que sur une entente diplomatique, et n'existe que pour les Français agissant entre eux seulement[1]. Ajoutons qu'elle ne s'oppose pas à ce qu'on puisse s'adresser aux fonctionnaires locaux, ce qui, dans bien des cas, semble plus prudent[2].

Les articles 59 à 61, 86 à 88 et suivants reposent également sur une sorte d'extension du territoire quant aux vaisseaux français et quant aux localités occupées par l'armée. Ces dispositions, comme celle de l'article 48, rentrent dans le droit international public, comme tout ce qui tient plus ou moins directement au territoire.

73. — L'article 47 s'énonce ainsi : « Tout acte de l'état

[1] C'est l'avis presque unanime, le texte est dans ce sens, et la Cour de cassation a prononcé la nullité d'un mariage célébré de la sorte, entre un Français et une étrangère (arrêt du 10 août 1819) ; voir les autorités citées dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 48.

[2] Cour d'Aix, arrêt Coccifi, du 20 mars 1862, Dalloz, 1863, II, p. 48, et les nombreux auteurs cités dans le même sens.

civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays. » L'article 170 déclare valable le mariage célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites en France. C'est la vieille maxime *Locus regit actum* qui prédomine dans ces dispositions. Nous verrons, sous la rubrique du mariage, qu'on s'est contenté de la possession d'état comme suffisant pour la validité de cet acte [1].

Le même principe semble applicable aux autres actes de la vie civile. Ce n'est, au fond, que la conséquence de la vieille règle citée ci-dessus. Induire des termes de l'article 47, qu'en faisant aux actes de l'état civil proprement dit l'application de cette règle, le législateur l'a, par cela même, exclue quant aux autres genres de preuves et, spécialement quant à la preuve testimoniale, serait mal raisonner: la règle édictée dans cet article n'est pas exceptionnelle; elle est, bien au contraire, la conséquence d'un principe supérieur qui pourrait se suffire à lui-même, sans l'intervention d'un texte spécial. Il ne faut, d'ailleurs, pas oublier deux choses: 1° Les actes de l'état civil, en tant que preuve préconstituée, sont revêtus d'une force probante exceptionnelle; ce qui doit expliquer pourquoi l'on a pu trouver convenable d'en faire une mention spéciale; 2° le mot *acte d'état civil* ne suppose pas toujours, nécessairement, l'intervention de l'autorité publique ou l'authenticité.

[1] Voir les nombreux documents cités dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 47.

74. — Ce qui précède conduit à l'étude de l'article 46 ainsi conçu : « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et dans ce cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins. »

Nous ne pensons pas que cette disposition ne soit applicable qu'à des actes faits ou ayant existé sur le territoire : elle semble pouvoir être invoquée dans tout litige qui s'élèverait sur de telles matières. La France s'est, en quelque sorte, appropriée les actes étrangers par les déclarations portées dans les articles 47 et 170. Nous pensons qu'en principe, il n'y aurait pas à se préoccuper de l'absence d'une telle disposition, ni même d'une règle contraire, dans le pays où l'acte serait intervenu. Cet article 46 s'exprime en termes généraux, profondément empreints de procédure et d'ordre public.

Quant aux travaux de reconstitutions qui auraient été faits dans le pays étranger, dépositaire de ces actes, il faudrait y avoir tel égard que de droit. Il serait impossible de s'énoncer en termes généraux sur de telles questions.

75. — Les rectifications qui pourraient intervenir à l'étranger, quant à des actes d'état civil, soulèvent des questions de procédure et d'exécution qui rentrent dans une autre partie de ce travail.

CHAPITRE V.

Du domicile.

76. Le domicile dans ses rapports avec la nationalité et la bourgeoisie ou commune d'origine. — 77. Le domicile sous l'ancien droit et sous l'empire du Code civil. — 78. Domicile du Français. — 79. Domicile de l'étranger. — 80. Domicile et résidence. — 81. Domicile élu. — 82. Réserves générales.

76. — Le domicile et la nationalité sont, bien certainement, au nombre des bases principales de notre doctrine actuelle.

Le domicile, bien que se rapportant directement à la personne, s'appuie sur l'élément territorial. C'est, au contraire, l'élément personnel qui prédomine dans la nationalité, bien que celle-ci ne soit pas sans liens la rattachant à un territoire spécial.

La bourgeoisie ou commune d'origine occupait, en droit romain, la place et remplissait les fonctions qui sont devenues, plus tard, les attributs d'une nationalité plus étendue, née de la formation des grands Etats modernes. C'est une institution qui correspond au domicile, par l'exiguïté de territoire, et qui tient de la nationalité par les causes dont elle dérive. C'est la patrie dans ce qu'elle a de plus personnel, de plus intime et de plus concentré. Il en résulte qu'elle peut avoir sa raison d'être comme institution territoriale coexistant avec les deux autres.

Elle s'est maintenue en Suisse, quoique bien affaiblie par la grande importance récemment accordée au domi-

cile. La France en a, bien certainement, eu des exemples dans ses municipalités du moyen âge ; mais, celles-ci ne tardèrent pas à être absorbées par la royauté. Nous ne pensons pas qu'elles aient laissé des traces directes et bien importantes de leur existence, en matière civile tout au moins. C'est une lacune qui ne se fait que trop souvent sentir, et que l'on cherche à combler, quoique bien imparfaitement, en recourant à l'ancien domicile sur le territoire [1]. La même lacune se fait également sentir dans la loi de procédure allemande, où l'on recourt aussi, fort souvent, à un ancien domicile généralement difficile à constater. Nous n'aurons pas à nous en occuper davantage. C'est, d'ailleurs, une de ces institutions qu'il serait difficile de créer ou de faire revivre, artificiellement, dans un moment donné.

77. — Un changement considérable s'est opéré, quant au domicile, par la promulgation du Code civil ; il a cessé d'être la base du statut personnel ; la nationalité a été revêtue de cette attribution considérable. Il faut se demander, avant tout, quelle est la nature juridique du domicile : qu'était-elle sous l'ancien droit ? qu'est-elle devenue sous le nouveau ?

Le domicile est un fait juridique d'une nature spéciale. La loi en détermine les éléments constitutifs et les conséquences. La plus importante, sous l'ancien droit, consistait à servir de base au statut personnel. La loi du

[1] Il est intéressant d'étudier, à ce point de vue, le traité franco-suisse du 15 juin 1869.

domicile était seule compétente pour réglementer ce statut, et les règles qu'elle édictait, à ce sujet, devaient être observées partout: « Ces statuts personnels, disait Pothier, n'ont lieu qu'à l'égard des personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans le bailliage d'Orléans, ou autres lieux régis par notre coutume[1]. »

Cette base sur laquelle reposait le statut personnel, et qui en était la cause ou la première origine, rentrait-elle, elle-même, dans ce statut? Nous ne le pensons pas: le domicile n'était ni un droit, ni une règle de droit, c'était un fait dont les conditions et les conséquences devaient rentrer sous la compétence de la souveraineté locale. Tout ce que les partisans de la personnalité demandèrent et purent obtenir fut, qu'en matière de statut personnel, les règles fixées par cette souveraineté seraient respectées par les autres. C'était, d'ailleurs, le seul moyen d'atteindre au but recherché : chacun ne devait avoir qu'un domicile dont les effets s'étendraient à l'étranger; ce domicile, fait essentiellement local quant à sa base, ne pouvait être soumis qu'à la compétence du droit local. Il ne pouvait ressortir au statut personnel, puisqu'il le dominait. Les transformations opérées par le Code ne peuvent avoir changé ces conséquences résultant de la nature des choses : le domicile est resté un fait. Il n'est plus admis comme base du statut personnel et se trouve ainsi plus exclusivement confiné dans l'élément territorial. La loi de chaque pays paraît principalement com-

[1] *Introduction générale aux coutumes*, chap. I, § 1.

pétente pour le réglementer. Il faut ajouter, cependant, que le domicile se trouve, dans une certaine mesure, sous la dépendance du statut personnel, bien qu'il n'en fasse pas partie. C'est ainsi qu'au regard de la loi française, un domicile acquis à l'étranger ne peut pas ressortir des effets portant atteinte au statut personnel, tel qu'il est réglementé par l'article 3 du Code civil. Telle fut la base du fameux procès de Bauffremont. Il y a là une cause de conflits qui ne peut être écartée que par des traités. C'est, au fond, une question de compétence : l'état et la capacité des Français sont régis par la loi de la nationalité et non par celle du domicile.

Sous l'ancien droit, comme sous le nouveau, l'on discutait la question de savoir si la même personne peut avoir plusieurs domiciles à la fois. Alors, comme à présent, l'on devait répondre que la définition du domicile, supposant un principal établissement, devait, par cela même, exclure, en principe, l'idée de pluralité. On admettait, toutefois, l'existence de plusieurs domiciles se rapportant à des objets différents. Le Code consacre la distinction du domicile politique et du domicile civil. Il y a aussi des réserves à faire quant aux effets de la résidence, ou d'élections, plus ou moins implicites de domicile, pour tel ou tel genre d'affaires. Il n'est pas impossible, par exemple, qu'une maison de commerce ait plusieurs établissements formant, dans une certaine mesure, des centres distincts et spéciaux [1]. On peut aussi avoir

[1] Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 196 (2e édition); voir les

des domiciles spéciaux se rapportant à tels ou tels actes, mais on ne peut avoir qu'un domicile général, agissant sur l'ensemble de la position. La grande variété des cas ne permet pas de se livrer, sur ces questions, à une réglementation générale et absolue, qui rentrerait, d'ailleurs, dans le droit interne plus que dans le droit international.

78. — L'article 102 du Code civil porte que le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement. On voit se présenter ici trois questions qu'on peut formuler de la manière suivante : 1° Le Français peut-il, au regard de sa loi nationale, avoir son domicile à l'étranger ? 2° En supposant la possibilité de ce domicile, est-ce la loi française ou la loi territoriale étrangère qui devrait être prise en considération pour statuer sur l'existence ou la non-existence d'un tel domicile ? 3° Les effets de ce domicile à l'étranger devront-ils être régis par la loi locale ou par la loi française?

La première de ces questions doit être résolue dans un sens affirmatif. Il n'y a rien, dans le texte, ni dans la nature des choses, qui puisse tendre à exclure l'idée d'un tel établissement à l'étranger. Un domicile local, effectif et réel, est un des besoins les plus urgents de la vie juridique et collective. On ne voit pas pourquoi le Français

documents cités dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 102, nos 5 et suivants. Voir aussi l'article 74 du Code civil, relatif au mariage.

devrait en être privé, en partie tout au moins, quand les circonstances l'appellent à vivre hors de sa patrie. Sa loi nationale ne saurait vouloir que les tribunaux français ne dussent tenir aucun compte d'un tel rapport créé à l'étranger [1].

Il n'est pas exact de voir dans un domicile pris à l'étranger, un établissement sans esprit de retour, emportant la perte de la nationalité française, aux termes de l'article 17 du Code civil. Le domicile n'est pas immuable; il sera, d'ailleurs, bien souvent, le moyen ou le résultat d'opérations commerciales.

Les deux autres questions énoncées plus haut sont plus difficiles: vouloir les résoudre en termes généraux et absolus serait périlleux.

Il semble que toute souveraineté doive être considérée comme compétente avant toutes autres, pour fixer les conditions auxquelles il faudra reconnaître l'existence d'un domicile sur son territoire. C'est, en effet, là une mesure de police et de bon ordre qui rentre, naturellement, dans les attributions du pouvoir local. Il n'en est pas moins nécessaire de tenir compte de la coexistence de souverainetés diverses, et de conflits possibles. Des questions diverses peuvent se combiner de manière à ce que la solution de l'une doive influer plus ou moins sur celle

[1] La Cour de cassation et de nombreux auteurs se sont prononcés dans ce sens. Voir spécialement l'arrêt Jeannin du 27 avril 1868, Dalloz, 1868, I, p. 302, et les références; Laurent, *Droit civil international*, t. III, n° 263.

de l'autre. L'importance respective qu'elles doivent avoir sur l'issue d'un litige, n'est pas toujours la même : la conservation, la perte ou l'acquisition d'un domicile en France ou à l'étranger, peuvent s'y présenter comme se servant réciproquement d'obstacle ou de condition.

La conservation d'un domicile en France peut être un obstacle à ce que la même personne en acquière un à l'étranger. La perte d'un domicile précédemment établi en France, peut résulter de ce que la même personne en acquiert un autre à l'étranger. Des conflits et des luttes regrettables ne manqueront pas de se produire, si chacune des législations ainsi mises en présence, ne s'arrête qu'aux règles promulguées par elle. Dans le premier cas, la France ne reconnaîtra le nouveau domicile acquis à l'étranger que dans les cas où cette acquisition sera conforme à sa propre loi, et qu'aux termes de la même loi l'ancien domicile français sera considéré comme n'existant plus. Il suffit, pour que de telles difficultés s'élèvent, que les deux législations ne soient pas complètement d'accord, que l'une, par exemple, tienne compte d'une résidence plus ou moins longue et que l'autre en fasse abstraction. La doctrine et la diplomatie peuvent seules écarter ces causes de désordre, l'une en vulgarisant les idées les plus vraies sur l'acquisition et la perte du domicile, l'autre en en faisant l'objet de traités internationaux.

Encore ici, l'on doit étudier la question de savoir s'il n'y aurait pas une base d'accord dans la convenance de maintenir les droits les plus anciens.

A ne consulter que les principes généraux, c'est bien encore à la loi locale qu'il incombe d'énoncer les effets que doit produire un domicile régulièrement établi sur son territoire. Encore ici, toutefois, il n'y a rien d'absolu et des conflits sont possibles.

La France ne pourrait certainement pas reconnaître les effets d'un domicile à l'étranger quant à l'état et à la capacité de ses propres ressortissants. Nous nous sommes déjà occupé de ce sujet.

Il serait, croyons-nous, difficile de penser qu'un domicile acquis à l'étranger suivant la loi locale, devrait, dans tous les cas et d'une manière absolue, faire cesser les effets d'un domicile qui aurait été conservé en France, suivant la loi française.

79. — L'article 102 ne traite, textuellement, que du domicile des nationaux; il ne contient pas un mot au sujet des étrangers, et les termes de sa définition peuvent sembler en restreindre l'application aux Français.

Cette manière de s'exprimer provoque les questions suivantes : 1° L'étranger peut-il avoir un domicile en France ? 2° Ce domicile doit-il être soumis à la définition donnée par l'article 102? 3° Suppose-t-il, nécessairement, l'autorisation gouvernementale mentionnée dans l'article 13 ?

Ces questions ont soulevé toute une controverse assez confuse. Les arrêts qui s'y rapportent peuvent, dans certains cas, sembler contradictoires; mais ils sont susceptibles d'être ramenés à la doctrine suivante qui semble prévaloir, bien que vivement discutée : « Sous réserve

des traités, l'étranger n'acquiert un vrai domicile en France, un domicile de droit comme on dit, que par l'autorisation prévue en l'article 13; mais il peut avoir, sans une telle autorisation, ce qu'on appelle un domicile de fait, ayant une partie des conséquences généralement produites par le domicile de droit. La question n'est pas douteuse dans tous les cas où l'assimilation, entre les effets du domicile et ceux de la résidence, est consacrée par la loi ; ce qui a lieu pour la compétence judiciaire si le défendeur n'a pas de domicile en France (Code de procédure civile, article 59). Hors de ces hypothèses, il y a doute et l'on peut facilement être conduit à des solutions plus ou moins arbitraires.

La nécessité d'une autorisation peut s'appuyer sur les considérations suivantes : 1° L'article 102 ne s'occupe que des Français. 2° L'article 13, le seul qui traite du domicile des étrangers, suppose l'autorisation du gouvernement. 3° Une telle exigence n'a rien d'anormal, en ce sens qu'elle peut trouver quelque appui dans la nature des choses. Le fait d'un principal établissement peut suffire à lui-même, quand il s'agit de nationaux ; mais la position est bien différente quant aux étrangers. Ceux-ci peuvent généralement être renvoyés. L'autorisation, bien que révocable, donne cependant une certaine sécurité de fait. C'est une garantie qu'il est naturel de rechercher quand on veut fixer quelque part son principal établissement.

Sans méconnaître la force de ces motifs, nous ne pouvons nous empêcher d'éprouver bien des doutes : 1° Le

domicile dont il est question dans l'article 13, n'est mentionné qu'en vue des droits civils dont il doit conférer la jouissance. C'est un domicile qui se présente comme devant produire des effets exceptionnels. Il ne résulte pas, nécessairement, de cette disposition que l'étranger ne puisse pas acquérir, en France, un domicile ordinaire au sujet des droits qui lui sont reconnus, soit par le droit naturel, soit en vertu de traités ; 2° la place occupée dans le Code par l'article 102 et l'histoire de sa rédaction nous font penser qu'on s'est exagéré l'importance de ce qu'il n'y est question que des Français. Cet article n'est pas compris dans le titre préliminaire où sont traitées les questions de droit international. Rien, dans la discussion qui en a été faite au Conseil d'Etat, ne semble induire à penser qu'on s'y soit préoccupé de cet aspect du sujet.

La rédaction préparée par les commissaires du gouvernement était fort différente. L'article 3 portait: « Le domicile du citoyen est, sous tous les rapports, le lieu où il peut exercer ses droits politiques. » L'article 4 ajoutait : « Le domicile des autres individus, tels que les personnes du sexe non mariées ou veuves, et les personnes qui ne jouissent pas des droits politiques de citoyen, est le lieu où l'individu a fixé son établissement principal. » Le mot *citoyen* doit, bien manifestement, se prendre ici dans le sens de ce qu'on appelait citoyen actif. Pour ce dernier, le domicile politique était attributif du domicile civil.

La première rédaction présentée au Conseil d'Etat portait : « Art. 1er. Les conditions et les effets du domicile, relativement à l'exercice des droits et des actions

civiles, dépendront uniquement de la loi civile. » — « Art. 2. Le domicile, considéré sous ce rapport, sera, pour tout individu français, le lieu où il a son principal établissement. » La rédaction nouvelle ne doit-elle pas, comme le disait d'ailleurs M. Emmery, rapporteur de la section de législation, s'expliquer par l'idée d'écarter la distinction précédemment proposée au sujet des citoyens actifs? Les mots *le domicile de tout Français*, définitivement adoptés après discussion, ne devraient-ils pas se traduire par ceux de *tout Français*, qu'il soit ou non citoyen actif?

Ne tendent-ils pas au même but? Les rédacteurs n'étaient-ils pas uniquement préoccupés de cette idée?

Si dans cette disposition l'on eût voulu distinguer les étrangers des Français, il en serait resté quelques traces dans la discussion ; la rédaction complexe du texte adopté n'avait pas sa raison d'être, la formule admise dans l'article 3 se présentait plus naturellement à l'esprit.

Cette interprétation de l'article 102 nous semble affaiblir considérablement l'importance de l'article 13 sur la difficulté qui nous préoccupe. On pouvait dire qu'en excluant, volontairement, les étrangers de la première de ces dispositions, on les renvoyait virtuellement à l'article 13. Cet argument disparaît et l'on se trouve directement en face de ces deux considérations : 1° L'article 13 ne dit rien qui indique la volonté de fixer les conditions du domicile des étrangers ; 2° si telle eût été la pensée qu'il devait exprimer, il aurait fallu le placer ailleurs et le rédiger autrement.

On ne se préoccupait certainement pas de droit international, mais bien seulement de l'importance que le domicile politique devait exercer en cette matière.

On se faisait, d'ailleurs, une idée fort exagérée de l'effet que l'unification du droit civil devait exercer sur l'importance du domicile: « Le principal intérêt des questions de domicile, disait Tronchet, portait autrefois sur les successions, à cause de la diversité des coutumes locales; désormais les questions de domicile ne s'élèveront plus que relativement aux actions, et pour savoir devant quel juge elles devront être intentées[1]. » Ces paroles du vénérable président de la Cour de cassation, étaient déjà quelque peu légères, au moment où elles étaient prononcées; elles sont devenues sans importance depuis la loi du 14 juillet 1819, mentionnée plus haut. Il a bien fallu se préoccuper de l'influence du domicile en matière de succession mobilière.

Le domicile des étrangers se complique, en outre, de questions tenant au statut personnel, quand il s'agit de savoir si les articles 108 et 109 leur sont applicables: c'est d'après leur loi nationale que devront être constatées les qualités de femme mariée, de mineur non émancipé, de majeur interdit ou non et de tuteur.

80. — Il se peut que tel individu soit dépourvu d'un vrai domicile, assez stable pour constituer, bien certainement, un principal établissement dans le sens du Code; on se demande si la simple résidence ne devrait pas sup-

[1] Locré, *Législation civile* etc., sous l'article 102.

pléer, en de telles circonstances, à cette lacune. Nous inclinons à penser que la nécessité d'avoir un principe de décision peut conduire à ce résultat. Il y a, d'ailleurs, quelque chose d'élastique dans les termes de *principal* établissement, ce qui doit conférer aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation.

Le domicile ancien doit, généralement, être considéré comme conservé aussi longtemps qu'un autre n'a pas été acquis. La solution peut dépendre des circonstances [1].

81. — Le domicile élu se présente sous deux aspects différents. S'il est conventionnel, cas auquel l'article 111 paraît se rapporter spécialement, il faut recourir aux règles internationales se rapportant aux contrats. S'il est exigé par une loi, il est soumis aux règles de compétence régissant cette loi.

82. — Les conclusions qui précèdent semblent résulter, d'une manière générale, des textes principaux et de la nature des choses ; elles peuvent servir de direction, comme indiquant la tendance de la pensée législative, en cette matière. Mais le domicile est un sujet si complexe, il se rapporte à tant de droits différents, que nous devons faire des réserves générales. Il convient de conserver sa pleine liberté d'appréciation, quant aux consé-

[1] Voir Cour de cassation du 12 décembre 1877, arrêt Savy, Sirey, 1878, I, p. 18. Cette doctrine, très communément adoptée, peut s'appuyer tant sur la nature du domicile, plus ou moins indépendant de la résidence actuelle, que sur une sorte de nécessité pratique.

quences pouvant résulter, soit de la nature de certaines matières de droit, soit de textes spéciaux s'y rapportant.

CHAPITRE VI.

De l'absence.

83. Introduction. — 84. Non-présence. — 85. Absence présumée. — 86. Déclaration d'absence et conséquences qui en résultent.

83. — L'ordre extérieur des matières conduisait à s'occuper de l'absence, immédiatement après avoir traité du domicile [1].

Ce titre du Code est généralement considéré comme très remarquable par la manière dont il a systématisé ce sujet. Bigot-Préameneu terminait son exposé des motifs, présenté au Corps législatif, en disant: « Vous verrez, sans doute avec plaisir, que cette partie de la législation soit non seulement améliorée, mais, en quelque sorte, nouvellement créée à l'avantage commun de ceux qui s'absentent de leur famille et de la société entière [2]. » Nous aurons à rechercher, plus tard, si l'on n'a pas trop systématisé cette matière, et s'il n'en résulte pas certains

[1] Nous laisserons de côté, comme trop spéciales, les dispositions relatives aux militaires absents.

[2] Locré, *Législation civile*, VII, 33.

embarras dont il est bon de se préoccuper. La tâche qui incombe à notre doctrine exige que toutes ces questions soient soumises à une rigoureuse analyse, pour mettre, aussi clairement que possible, en évidence les éléments divers qui s'y trouvent réunis; c'est le seul moyen de reconnaître la loi compétente pour réglementer chacun de ces éléments. Malgré l'influence que la nature des choses doit exercer en cette matière, celle-ci n'en a pas moins été réglementée diversement par le droit positif des Etats. Cette diversité doit influer sur la compétence internationale, qui se présente différemment suivant les idées que l'on se forme sur le fond du droit; nous traiterons ces problèmes en nous plaçant, plus spécialement, au point de vue du droit français.

On comprend, généralement, sous le mot *d'absence* des positions assez diverses qui ont, en droit, des effets très différents. Dans le système du droit français, on peut signaler trois genres ou, si l'on veut, trois degrés différents dans l'absence. Cette classification semble ressortir, soit de la nature des choses, soit d'une terminologie plus ou moins rigoureusement observée.

84. — Il se peut qu'une personne ne soit pas présente dans une localité où elle a des intérêts à débattre ou des droits à sauvegarder. Le mot de *non-présence* est souvent employé pour désigner une telle hypothèse.

De nombreuses dispositions ont pour but de satisfaire aux exigences d'une telle situation ; mais, c'est une matière qui n'a pas été systématisée dans le Code: elle se trouve disséminée dans un certain nombre d'articles, na-

turellement placés sous les rubriques auxquelles ils appartiennent, et rentrant sous la même compétence que la loi dont ils font partie.

Les uns paraissent appartenir à la procédure et participer à la compétence locale propre à cet élément du droit. On peut classer dans cette catégorie tous les actes par lesquels on pourvoit à la représentation d'une personne non présente, soit dans un procès, soit dans tel acte conservatoire. Ces dispositions ne sont pas revêtues d'une compétence locale uniquement en vue des rapports qu'elles ont, généralement, avec la procédure, elles lë sont également comme mesure de police et de sûreté mentionnée dans le § 1er de l'article 3 du Code civil. Ces mesures n'ont pas seulement pour but de protéger les absents, elles sont également nécessaires pour fournir aux autres parties intéressées les moyens de pourvoir à l'expédition de leurs propres affaires. On peut citer comme exemples rentrant dans cette catégorie les articles 909, 910, 911, 928, 931, 942 et 943 du Code de procédure civile, 819 et 840 du Code civil.

D'autres fois ce sont de plus longs délais accordés aux personnes non présentes (Code civil, articles 2265 et 2266). Ces articles se rapportant au régime hypothécaire, rentrent, bien certainement, dans le statut réel.

85. — Le Code civil contient un chapitre intitulé *De la présomption d'absence*, mais dans lequel on ne trouve aucune définition disant ce qu'il faut entendre par ces mots.

L'article 112 porte : « S'il y a nécessité de pourvoir à

l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a pas de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées. »

Tout est vague et indéfini dans cette disposition ; il n'est pas dit ce qu'il faut entendre par absence présumée ; le tribunal auquel on doit s'adresser n'est pas désigné autrement que comme tribunal de première instance; la nature et l'étendue des mesures à prendre ne sont pas déterminées; on ne sait pas même avec précision de quels biens il s'agit.

La doctrine admet, généralement, qu'il faut entendre par absent présumé, l'individu qui a disparu et qui, sans que son absence ait été déclarée par un jugement, paraît se trouver dans une position analogue. C'est bien ce qui résulte des mots *présomption d'absence*: ces mots s'appliquent à un individu qui, par des faits prouvés ou considérés comme tels, paraît se trouver dans une telle position qu'il y aurait lieu de prononcer son absence, si l'on suivait la procédure nécessaire à cet effet. Les mots *présomption d'absence* ne semblent pas être pris, ici, dans le sens technique et rigoureux des articles 1349 et suivants du Code civil; il s'agit, comme nous le verrons plus tard, de simples probabilités, plutôt que de présomptions proprement dites. Nous verrons plus loin que ce qui caractérise l'absence déclarée, c'est qu'il y a des motifs plus ou moins graves de mettre en doute l'existence actuelle de la personne dont il s'agit.

Nous pensons, avec M. Laurent, que le tribunal com-

pétent sera, suivant les circonstances, celui de la situation des biens, s'il n'y a lieu qu'à des mesures locales les concernant, ou celui du domicile s'il faut opérer sur une plus large échelle, nommer un administrateur, par exemple.

Quant aux biens, le texte semble indiquer des biens laissés en souffrance. La nomination d'un mandataire général sans limites nous paraîtrait contraire aux termes et à l'esprit de notre article.

Nous devons ajouter que nous ne voyons rien dans ce chapitre qui doive le faire rentrer dans le statut personnel. L'état de l'absent présumé n'est pas modifié par sa disparition, l'incapacité dont il est atteint est réelle et non personnelle; il faut ajouter qu'elle est purement locale et peut cesser d'un moment à l'autre.

Il résulte des textes, de la nature des choses et des déclarations énoncées dans les travaux préparatoires, que ces dispositions doivent être considérées comme rentrant sous l'application du § 1er de l'article 3 du Code civil. Ce sont des dispositions de police et de sûreté, reposant sur l'obligation sociale incombant à chaque Etat, de venir en aide aux incapables qui peuvent en avoir besoin sur son territoire. Elles appartiennent au statut réel; c'est, avant tout et principalement, de la conservation des choses et des droits s'y rapportant qu'elles se préoccupent.

L'absence présumée reparaît, en même temps que l'absence déclarée, dans la section seconde d'un chapitre spécialement consacré à l'énumération des effets de l'ab-

sence. Cette section porte le titre *Des effets de l'absence* relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent. L'article 135, qui lui sert de base et d'introduction, s'exprime ainsi : « Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande. » Les termes généraux de cet article, combinés avec la définition que nous avons donnée de l'absence présumée, prouvent que celle-ci doit s'y trouver comprise.

Si nous recherchons quelle est la compétence internationale de ces règles, nous sommes conduit à dire que cette compétence doit être la même que celle de la loi qui régit les droits éventuels dont il s'agit. Les textes se préoccupent principalement de succession héréditaire ; il faut ajouter que celles de ces dispositions qui traitent de ce sujet, devront rentrer sous la compétence de la loi qui le réglemente. On doit même dire qu'elles font partie de cette loi : il en résulte qu'elles ne sont, directement, applicables qu'aux successions soumises au droit français. Nous renvoyons, en conséquence, à l'étude que nous ferons plus tard de cette matière.

86. — La déclaration d'absence peut être considérée comme la base et le point de départ de tout un ensemble de dispositions plus ou moins systématisées dans le Code.

Les difficultés internationales que nous avons à résoudre, nous appellent à distinguer, avant tout, les sujets di-

vers dont il s'y agit, et les rapports dans lesquels ces sujets se trouvent avec les statuts consacrés en droit français.

Les rédacteurs du Code distinguent, eux-mêmes, trois genres d'effets résultant de l'absence. Ces effets se produisent : 1° Sur les biens possédés par l'absent au moment de sa disparition et sur les droits éventuels qui peuvent lui compéter; 2° sur ses rapports matrimoniaux; 3° sur la surveillance de ses enfants mineurs.

L'absence peut aussi se trouver plus ou moins en rapport avec les divers statuts, par les personnes appelées à en réclamer les effets directs; ce sont les héritiers ou l'époux commun en biens que nous voyons agir, suivant les circonstances.

Si, maintenant, nous recherchons dans quelle catégorie cette matière doit rentrer, nous sommes conduit aux résultats suivants.

L'absence est, bien certainement, un fait juridique. La preuve des faits élémentaires qui doivent servir à la constater, restera, généralement, soumise à la vieille règle *Locus regit actum* ; mais, prise dans son ensemble, comme fait revêtu d'une importance spéciale, l'absence doit rentrer dans le statut auquel elle se rattache par les effets qu'elle doit produire.

On peut hésiter, à cet égard, entre les deux autres statuts. Il n'est pas impossible que cette question doive être tranchée en sens divers, suivant les effets divers qui peuvent résulter de ce fait, bien que, pris en lui-même, celui-ci présente un caractère d'unité.

Quant aux biens, les effets de l'absence se manifestent en deux phases qui se succèdent et diffèrent notablement l'une de l'autre. Les héritiers présomptifs ou, par préférence à eux s'il en fait la demande, l'époux présent et commun en biens, peuvent se faire envoyer provisoirement en possession des biens de l'absent (Code civil, articles 120 et 124). Plus tard, si l'absence se prolonge, les ayants droit peuvent demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitive, par le tribunal de première instance.

L'envoi des héritiers présomptifs en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent, au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, ne leur confère que des droits de jouissance et d'administration; ils doivent aussi représenter l'absent dans les contestations judiciaires qui peuvent surgir (Code civil, articles 125, 127 et 134).

Il n'y a certainement rien, dans cette possession, qui semble rentrer dans le statut personnel. Si l'on y voit des droits accordés en vue d'une succession possible, c'est au statut qui régit le droit héréditaire qu'on sera conduit.

Nous verrons plus tard quelles sont les règles qui régissent ce genre de droits en France. Si, ce qui semble difficile en vue des textes, on fait abstraction de toute idée d'une telle succession, pour ne se préoccuper que de la conservation des biens, c'est au statut réel qu'il faudra s'arrêter. Mais, la solution ne sera-t-elle pas différente, si l'on suppose que l'époux présent opte pour la con-

tinuation de la communauté, et se fait envoyer en possession provisoire, à l'exclusion des héritiers?

Les effets de l'absence seront, dans ce cas, la conséquence du régime matrimonial adopté par les époux; ils semblent devoir rentrer sous la compétence de la loi réglementant ce régime, conformément à ce que nous verrons plus tard.

On peut se demander, toutefois, si ces envois en possession tant provisoire que définitive, n'ont pas lieu en vertu d'une présomption de mort, et si celle-ci ne modifie pas l'état de l'absent ou, tout ou moins, ne s'y rattache pas assez fortement, pour devoir rentrer dans le statut personnel.

Disons d'abord qu'il faudrait, dans tous les cas, distinguer entre la possession provisoire et la possession définitive. La première ne saurait bien certainement pas suggérer l'idée d'une présomption de mort, quand elle est accordée à l'époux. Une telle présomption devrait avoir pour conséquence, non la continuation, mais la dissolution de la communauté. Quant aux héritiers, les droits limités qui leur sont accordés, ne font pas supposer une telle présomption.

L'envoi définitif ne saurait pas non plus justifier une telle idée qui est, d'ailleurs, écartée par les articles 132 et 139 du Code civil. Ce n'est pas de présomptions, mais, bien seulement, de probabilités qu'il s'agit en cette matière. On a trop souvent confondu ces deux mots. Ni la définition donnée de la présomption légale, ni les effets qui lui sont généralement attribués (Code civil, arti-

cles 1350 et suivants), ne sont applicables aux dispositions relatives à l'absence. Il n'y a là qu'une série de probabilités, grandissant avec le temps, et tendant à modifier les rapports qui doivent exister entre les divers intérêts mis en présence. Nous dirons même que, fallût-il admettre une telle présomption de mort, l'état de l'absent n'en resterait pas moins intact. La seule conséquence qui en résulterait, serait la remise plus complète, mais encore révocable, de la succession, en mains de l'héritier présomptif. On resterait encore dans le statut régissant la succession.

L'absence nous paraît, au contraire, rentrer dans le statut personnel, quand il s'agit des effets qu'elle produit sur le mariage, sur la surveillance des enfants et sur l'exercice de la puissance paternelle, soit d'une manière générale, soit dans un certain nombre de circonstances spéciales (Code civil, articles 371 et suivants, 149, 155 et autres).

Nous voici donc placé en présence d'un fait juridique dont la constatation nous est représentée comme devant être l'œuvre d'un seul jugement et comme devant ressortir des effets généraux et divers. On se demande quel sera le tribunal compétent pour agir, quelle loi ce tribunal devra prendre comme base de sa décision, quelles lois fixeront les effets de cette décision.

On s'accorde, généralement, à reconnaître la compétence du tribunal de première instance siégeant au lieu du dernier domicile ; si l'on ne peut pas constater un dernier domicile, on peut, semble-t-il, s'arrêter au tribunal du

lieu de la dernière résidence [1]. C'est l'impression qui résulte des règles générales en matière de compétence judiciaire, combinées avec l'article 115. C'est là, d'ailleurs, que se trouvait le centre de la vie juridique de la personne disparue, et des intérêts divers qui s'y rattachaient; c'est là qu'existent, le plus souvent, la base et le point de départ des renseignements nécessaires. C'est là que la succession doit s'ouvrir (Code civil, article 110), et que les valeurs mobilières ont leur base juridique. Nous dirons encore que, même sous l'ancien droit, où cette fortune mobilière se réduisait, généralement, à peu de chose, c'est elle qui était considérée comme représentant le plus directement la personne du défunt.

Malgré ces motifs très puissants en droit interne, des doutes s'élèvent en droit international, où l'on doit craindre de rencontrer une grande complication résultant de ce que bien des intérêts de natures diverses se trouvent impliqués dans la demande en déclaration d'absence. Le jugement à intervenir peut ressortir ses effets sur le statut personnel comme sur le statut réel; celui-ci peut même être atteint sur plusieurs territoires à la fois.

La compétence législative dépend, en général, de la nature du statut auquel appartient le rapport de droit ou l'institution dont il s'agit. La difficulté provient, ici, de ce que la déclaration d'absence exerce son influence sur les personnes et sur les biens. Faudra-t-il en conclure

[1] Voir les autorités citées dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 115, nos 12 et 13.

qu'il y a là un de ces statuts mixtes que nous avons mentionnés comme étant restés étrangers au système du Code civil?

S'il pouvait en être ainsi, l'on devrait, avant tout, rechercher laquelle de ces deux natures doit être considérée comme prédominant sur l'autre, dans les effets de l'absence. Les textes, la nature des choses et les travaux préparatoires semblent assurer cette prépondérance au statut réel : c'est, bien certainement, des biens et des droits éventuels de succession que les rédacteurs se sont principalement préoccupés. Les effets produits sur les personnes sont indirects et peu considérables; et, chose remarquable, ces effets se produisent non sur l'absent, mais sur ses enfants et son époux. Rien ne s'oppose, d'ailleurs, à ce qu'on scinde les effets de l'absence en deux parties distinctes, pour soumettre chacune d'elles au statut dans lequel elle semble devoir rentrer. Une seule chose paraît indivisible, la déclaration d'absence.

Les effets de l'absence sur les personnes doivent dépendre d'une déclaration, le plus souvent demandée et prononcée en vue des biens. C'est là une combinaison qui peut sembler anormale. Le peu d'importance de ces effets produits sur les personnes, et la possibilité de les obtenir, dans un grand nombre de cas, sans faire déclarer l'absence, réduisent un tel grief à bien peu de chose.

De plus graves inconvénients paraissent se produire dans le statut réel pris isolément. La compétence internationale est fort compliquée en matière de succession héréditaire : elle varie suivant qu'il s'agit de meubles ou

d'immeubles ; ceux-ci peuvent même donner lieu à des successions distinctes, quand ils sont situés sur des territoires différents. On se demande s'il est convenable que ces intérêts divers soient placés sous la compétence du tribunal et de la loi du lieu de l'ouverture de la succession.

Ce système nous semble consacré par les dispositions du Code en matière d'absence. Nous ajoutons que, prises en elles-mêmes, ces dispositions ne se rapportent qu'au droit interne, où il ne peut s'élever des conflits que dans le domaine de la compétence judiciaire.

Les considérations que nous avons énoncées plus haut, tendent à justifier la compétence du tribunal du lieu du dernier domicile pour déclarer l'absence. Cette solution doit être la même pour les deux catégories d'effets qui peuvent résulter du jugement. En droit interne le système du Code ne peut qu'être approuvé ; mais, qu'en est-il en droit international ?

La question s'est présentée en 1854, devant la Cour de Douai, dans des circonstances qui mettent en saillie toute l'importance de ces difficultés. Un sieur Del Campo, Espagnol, propriétaire d'un immeuble en France, avait disparu. L'administration des domaines se pourvut devant le tribunal de Dunkerke, lieu de la situation de l'immeuble, pour faire prononcer l'absence de l'ancien propriétaire ; le tribunal se déclara incompétent, parce qu'il s'agissait d'un étranger. La Cour, tout en se déclarant compétente, a jugé que la demanderesse était non recevable par les motifs suivants :

« Attendu que l'absence déclarée a pour conséquence d'autoriser les héritiers présomptifs de l'absent, et tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès, à exercer ces droits provisoirement d'abord, et définitivement après un laps de temps déterminé par la loi ;

« Que la déclaration d'absence influe également sur le sort des époux, sur celui de la communauté et sur celui des enfants, et, par suite, sur l'autorité maritale et sur la puissance paternelle.

« Que des dispositions qui touchent de si près à l'état des personnes, et qui modifient si profondément cet état, ne peuvent pas être appliquées à l'étranger ; qu'elles ne peuvent pas l'être, surtout lorsque, comme au cas présent, celui-ci n'a pas et n'a jamais eu, ni domicile, ni résidence en France, et qu'il n'est pas même possible de remplir à son égard les formalités tutélaires qui sont la condition essentielle de la déclaration d'absence. La Cour rejette la demande[1]. »

Il nous est difficile de ne pas élever des doutes sur le bien jugé d'une telle décision, qui soulève, dans tous les cas, de bien graves problèmes.

Comme nous l'avons dit, le législateur ne s'est préoccupé que de droit interne, dans le titre spécialement consacré à l'absence ; c'est à l'article 3 qu'il faut recourir au sujet des questions internationales. Or, le § 2 de cet article ne laisse aucun doute sur la compétence de la loi

[1] Voir Dalloz, 1855, II, p. 5.

française en matière de succession immobilière. La compétence du tribunal du lieu de la situation des immeubles, semble aussi généralement admise en principe. La dévolution de ce fonds devait, d'ailleurs, former une succession spéciale s'ouvrant en France. L'application de la loi française se trouverait ainsi placée dans la dépendance de lois étrangères, ce qui semble inadmissible.

Ce qui vient compliquer la question, c'est la diversité des effets qui, d'après la loi française, doivent résulter de la déclaration d'absence. Il se peut que la loi et le tribunal français ne soient compétents qu'au sujet d'une partie de ses effets ; en résultera-t-il qu'ils soient frappés d'impuissance pour les autres ? Nous ne le pensons pas : il en résultera seulement que la déclaration d'absence ne produira que les effets rentrant dans la compétence française, l'état et la capacité des étrangers resteront sous l'empire de leur loi nationale. Bien plus, la déclaration française pourra très bien ne pas ressortir ses effets sur des valeurs appartenant à des Français, mais régies par un droit étranger. Nous ne croyons pas que rien s'oppose à ce que le jugement portant déclaration d'absence accorde des réserves à cet égard.

TITRE II.

DE LA FAMILLE.

CHAPITRE Ier.

Du mariage considéré comme base de l'état civil.

87. Nature de cet acte et place qu'il occupe dans la doctrine. — 88. Célébration sur le territoire. — 89. Célébration en pays étrangers. — 90. Preuve du mariage. — 91. Demandes en nullité. — 92. Effets produits entre époux et dette alimentaire. — 93. Mariages putatifs. — 94. Epoux de nationalités différentes.

87. — Aux termes du droit français moderne, le mariage est un fait juridique consistant en un contrat solennel : il se réalise par un concours de volontés, qui se manifeste au moyen de formalités extérieures, destinées à servir de preuves et de garanties. Il est un des principaux éléments de l'état civil, sur lequel il exerce une influence considérable. Le but qu'il doit atteindre, les droits qui en dérivent, et les obligations qui en résultent, le font, bien certainement, rentrer, quant au fond du droit, dans le statut personnel (Code civil, articles 3, 146, 170 et 171).

88. — La célébration du mariage sur le territoire ne soulève pas de difficulté spéciale, quand il ne s'agit que de Français : c'est à la loi locale qu'il faut se conformer, au double point de vue de la forme et du fond ; des

réserves doivent être faites, cependant, au sujet d'actes accessoires venant de l'étranger : il faudrait en vérifier la régularité, quant à la forme et quant au fond.

La question se complique, s'il s'agit d'étrangers; il faut prendre toutes les précautions voulues pour se conformer aux diverses lois impliquées dans l'acte.

Il ne peut être satisfait à ces exigences, que par une étude attentive des lois étrangères. On ne peut que recommander une grande prudence dans les renseignements à prendre à cet égard [1]. Quant au droit territorial, il faut se préoccuper des questions qui peuvent être élevées par les règles constituant l'ordre public international dont nous avons déjà fait connaître les principes généraux : il est possible qu'un mariage autorisé par la loi personnelle des futurs époux, porte atteinte à des principes ou à des intérêts placés sous la protection de la loi française.

C'est ainsi, par exemple, que le divorce ayant été aboli en France par une loi du 8 mai 1816, l'on a souvent refusé de célébrer, sur le territoire, le nouveau mariage d'époux étrangers, régulièrement divorcés, suivant leur loi nationale. La convenance ou la nécessité de rester fidèle à ses principes religieux, sociaux ou moraux, peuvent être invoquées dans ce sens. Il en serait de même

[1] En cas de doute, la difficulté doit être soumise aux tribunaux. Une circulaire ministérielle du 14 mars 1831 indique les justifications à réclamer des étrangers qui demandent à se marier en France. Voir *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 144, nos 68 et suivants.

s'il s'agissait de célébrer un mariage bigame ou incestueux aux termes du droit territorial.

Il va sans dire que si la loi s'est textuellement énoncée sur ces difficultés, il n'y a lieu qu'à suivre les règles qu'elle a tracées; mais ces questions sont généralement abandonnées à la doctrine, qui tend à changer suivant le courant des idées. L'esprit de libre discussion qui caractérise les temps modernes, la diversité de principes et les idées de tolérance qui en dérivent, conduisent à renoncer de plus en plus aux raideurs anciennement pratiquées à cet égard ; il est plus difficile de s'attribuer le privilège exclusif de la morale, de la sagesse et de la religion. C'est ainsi qu'en France, on a fini par consentir à la célébration d'un nouveau mariage d'époux régulièrement divorcés [1].

Les dispositions de la loi française doivent être appliquées aux étrangers qui ne seraient pas soumis à des règles analogues par leurs lois internationales, quand ces dispositions sont considérées en France comme rentrant dans l'ordre public international. C'est ainsi, par exemple, qu'il faudrait faire en France, même à des étrangers dont la loi personnelle ne contiendrait rien de semblable, l'application de l'article 228 du Code civil. Cet article, qui défend à la femme d'entrer dans les liens d'un nouveau mariage, pendant les dix mois qui suivent la disso-

[1] Voir les arrêts rendus dans ce sens par la Cour de cassation le 28 février 1860, arrêt Bulkley, et le 15 juillet 1878, arrêt Plaquet; Dalloz, 1860, I, p. 57, et 1878, I, 340.

lution du précédent, est, bien manifestement, d'ordre public : il a pour motif principal de prévenir les doutes qui pourraient s'élever sur la filiation du premier enfant naissant après cette nouvelle union. La prohibition fait, d'ailleurs, l'objet d'une peine prononcée, contre l'officier de l'état civil, par l'article 194 du Code pénal. Le § 1er de l'article 3 du Code civil nous semble, bien certainement, applicable comme empêchement purement prohibitif. La souveraineté qui admet les considérations sur lesquelles reposent ces articles, ne peut pas permettre qu'une telle cause de désordre se produise sur son territoire. Nous ne pourrions dire, avec M. Laurent : « C'est un débat d'intérêt privé, il faut donc en abandonner la décision aux lois nationales des parties [1]. » La loi locale nous semble compétente pour refuser de procéder, par ses agents et sur son territoire, à l'accomplissement d'un fait qu'elle prohibe comme perturbateur et dangereux. La société tout entière s'y trouve intéressée ; il faut aussi protéger l'enfant à naître, complètement incapable de veiller lui-même à ce que de telles irrégularités soient éloignées. Il y a bien là un devoir public à remplir en de telles circonstances.

Nous comprenons, également, qu'un Etat se refuse à la célébration sur son territoire, d'un mariage entaché

[1] *Droit civil international*, t. IV, p. 590. Voir, dans le sens adopté par nous, un arrêt de la Cour de Paris du 13 février 1872, arrêt Mayer ; Dalloz, 1873, II, p. 160, et la note citant dans le même sens Aubry et Rau, t. I, p. 96, § 31 ; Demolombe, t. I, n° 100.

de bigamie ou d'inceste aux termes de sa loi : on ne doit pas être forcé de coopérer à un acte que l'on réprouve. Ajoutons, cependant, que les diverses législations sont loin d'être d'accord au sujet des degrés de parenté qui doivent être respectés pour éviter l'inceste, et qu'il semble convenable d'être indulgent dans les limites où le doute est permis, en théorie spéculative.

Les articles 172 à 179 du Code civil réglementent ce qui tient au droit de former opposition à la célébration d'un mariage sur le territoire. Ces dispositions se distinguent en deux catégories, selon qu'elles se rapportent au fond du droit, ou à la procédure.

Les premières rentrent, bien manifestement, dans le statut personnel, circonstance dont il faudra tenir compte quand il s'agira d'étrangers.

Les secondes appartiennent au droit local et devront s'appliquer indistinctement aux étrangers comme aux nationaux.

89. — Nous ne reviendrons pas, d'une manière générale, sur ce que nous avons déjà dit au sujet des actes de l'état civil intervenus hors du territoire (Code civil, articles 47 et 48) ; ce sont les articles 170 et 171 qui doivent, tout spécialement, nous occuper ici. Nous laissons de côté, comme trop spéciales, les règles édictées pour faciliter le mariage dans les colonies. On peut consulter à ce sujet le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 170.

L'article 170 s'énonce de la manière suivante : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré

dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre *Des actes de l'état civil*, et que le Français n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. »

Cette disposition soulève de graves difficultés qui ne peuvent être écartées qu'en recourant à des traités diplomatiques. Trois hypothèses principales se présentent au sujet des mariages intervenus hors du territoire : ils peuvent concerner des étrangers ou des Français, seulement, ou être mixtes.

Il n'est rien dit au sujet de la première de ces hypothèses. De tels mariages semblent devoir être appréciés en France suivant la règle édictée par l'article 47, quant à la célébration considérée en elle-même; il faut recourir à la loi régulatrice du statut personnel quant au fond, conformément à l'interprétation que nous avons admise au sujet de l'article 3.

Que faudra-t-il décider dans l'hypothèse d'un mariage purement civil célébré entre étrangers seulement, si la loi nationale des époux, ou de l'un d'eux uniquement, n'adopte pas, sur ce point, la vieille règle consacrée par l'article 47 ; si cette loi, par exemple, ne reconnaît le mariage qu'en tant qu'il se présente comme sacrement religieux ?

La solution de cette difficulté dépendra, fort souvent, de l'interprétation de la loi personnelle des époux. S'il faut l'entendre dans un sens absolu, si elle se rapporte aux mariages intervenus à l'étranger comme à ceux qui

ont eu lieu sur le territoire, l'application de l'article 47 pourrait conduire à considérer le mariage comme valable en France et nul dans la patrie de l'un des époux ou de tous les deux, s'ils appartiennent à la même nationalité ou à des pays ayant des lois semblables. Nous croyons, toutefois, qu'un tel conflit n'aurait pas sa raison d'être : l'article 47 se contente de dire que les actes de l'état civil intervenus à l'étranger, font foi de leur contenu; la question qui nous préoccupe se trouve réservée et la loi du statut personnel est bien compétente pour dire ce qu'elle entend par le mariage ; c'est, bien manifestement, elle qui prédomine en cette matière : tout ne s'absorbe pas ici dans une question de preuve, ni même dans une question de forme; c'est de la nature du mariage qu'il s'agit ; la question se rattache au fond du droit. S'il s'agit d'un mariage religieux célébré, entre Français, dans un pays où un tel acte produit généralement les effets civils, l'article 170 sera pleinement applicable.

La difficulté se complique dans la troisième des hypothèses énoncées ci-dessus, prévoyant un acte de célébration entre Français et étrangers : qu'en sera-t-il d'un mariage purement civil, si la loi personnelle de l'étranger ne reconnaît que le sacrement? L'article 170 dit que l'acte sera valable, l'intérêt français s'y trouve d'ailleurs directement et originairement impliqué. Le conflit que nous venons d'écarter semble se représenter ici, fortement appuyé sur un texte ; la diplomatie paraît seule capable de l'éviter d'une manière certaine. Ce sont, d'ailleurs, de ces questions où les considérations d'ordre public

peuvent facilement intervenir assez diversement, pour qu'il soit convenable d'en écarter ou d'en fixer les effets en recourant à des conventions diplomatiques.

On a dit, quelquefois, que s'il s'élève un conflit entre les lois personnelles des époux, quant à la validité de leur mariage, on doit s'arrêter de préférence à celle du mari; mais cette doctrine, qui peut s'appuyer sur des considérations d'utilité et d'équité [1], ne nous semble pas admise en principe dans le droit français moderne. Elle ne s'appuie pas non plus sur la nature des choses; elle n'écarterait, d'ailleurs, le conflit que si elle était admise, dans les mêmes termes, par les deux lois mises en présence; il y aurait alors fraternité, suivant l'expression de Boullenois, ce qui écarterait le conflit.

L'article 170 n'a peut-être pas été rédigé avec tout le soin voulu. On pourrait croire, en s'arrêtant au texte, que les publications en France sont exigées, même quand il ne s'agit que d'étrangers; cette condition de forme n'est point mentionnée comme n'étant exigée que des Français, ce qui a lieu quant aux conditions de fond. C'est une interprétation que la nature des choses ne permet pas d'adopter, en termes absolus tout au moins: il est bien certain que des futurs époux complètement étrangers à la France, ne sauraient être tenus d'y faire de pareilles publications; il faut entendre l'article dans le sens que les étrangers sont tenus de faire, en France, les publica-

[1] Voir, sur cette question diversement résolue, Savigny, *Système*, t. VIII, p. 326.

tions qui seraient nécessaires si le mariage devait s'y célébrer. C'est ce qui résulte de la référence à l'article 63. Il faut encore se demander si cette référence doit être considérée comme se rapportant implicitement aux articles 166 et suivants, qui développent et complètent la disposition textuellement citée. Nous croyons qu'il serait difficile de répondre autrement que dans un sens affirmatif[1]. La référence doit s'entendre de l'article 63 et de ses annexes.

Une question beaucoup plus grave s'est élevée. L'article 170 reconnaît la validité du mariage, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63. Ce mot peut se prendre dans le sens d'une condition absolue, ou dans celui de simples réserves faites au sujet des conséquences devant résulter de l'inobservation de cette exigence, conséquences que la doctrine est chargée de fixer dans chaque cas.

Il faut bien le reconnaître : le premier de ces sens paraissait se présenter assez naturellement à l'esprit ; il n'y a pas lieu de s'étonner de le voir prédominer à l'origine. Ce n'en était pas moins une solution qui conduisait, dans bien des cas, à des résultats d'une rigueur manifestement exagérée. On dut s'efforcer de la combattre par tous les moyens admissibles, cela devait conduire à la seconde des deux interprétations possibles.

Remarquons d'abord que les conditions exigées par

[1] Voir sur ces questions le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 170, n° 1 et suivants.

notre article forment deux catégories qui sont exigées cumulativement, et portent, la première sur la forme, et la seconde sur le fond; il ne peut s'agir de les combiner : chacune doit être étudiée comme étant nécessaire en elle-même.

La première tient à la publicité ; or, la publicité n'est point une condition rigoureusement absolue de la validité de l'acte, dans les cas où il s'agit de sa célébration (Code civil, article 193). Il doit en être de même, à plus forte raison, quant aux publications ; celles-ci constituent une publicité antérieure au mariage, elles ont pour but principal de provoquer les oppositions qui pourraient être fondées, et ne sont point, en elles-mêmes, exigées à peine de nullité (Code civil, articles 191, 192 et 193) ; faudrait-il admettre, dans tous les cas, la nullité comme sanction de la règle énoncée dans notre article ?

La seconde des catégories énoncées ci-dessus se rapporte au fond ; les dispositions auxquelles elle se réfère, ne prononcent pas toutes la peine de nullité, faudra-t-il en faire autant d'empêchements dirimants quand il s'agira de faire l'application de notre article ?

Des textes bien clairs et catégoriques seraient nécessaires pour opérer de telles transformations ; or, ces textes font défaut : il est bien dit que le mariage qui aura satisfait à toutes les conditions voulues, devra être considéré comme valable ; mais rien n'indique, suffisamment, la nullité comme conséquence absolument nécessaire de toute inobservation qui pourrait s'y produire. Le parti de l'indulgence a fini par l'emporter. Cette solution paraît

justifiée par la nature des choses, qui tend à faire préférer le sens le moins sévère, quand il s'agit d'une matière rigoureuse. Il est généralement admis qu'il n'y a rien d'absolu en cette matière, qu'il faut apprécier les circonstances et, tout particulièrement, rechercher si c'est pour frauder la loi française, que le mariage a été célébré en pays étranger, sans avoir été précédé des publications exigées sur le territoire français [1].

L'article 171 ne saurait nous arrêter longtemps. Il ne prononce pas la peine de nullité et soulève seulement une question de non-opposabilité ou de dommages-intérêts, suivant les circonstances [2].

Nous ne devons pas terminer cette étude sur les mariages célébrés hors du territoire, sans signaler un principe d'une grande importance, résultant des articles 146 et 170 combinés : ce n'est pas seulement la capacité de contracter mariage qui reste régie à l'étranger par le statut personnel ; c'est encore l'acte émanant de cette capacité, le consentement effectif, élément essentiel, sans la réalisation duquel il ne saurait y avoir un vrai mariage. Il semble résulter de cette référence de l'article 170 à

[1] Voir les nombreux documents cités dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 170, nos 1 et suivants, tout particulièrement le no 9. Cour de cassation, arrêt Bezinge, du 8 mars 1875, Dalloz, 1875, I, p. 482, et les références.

[2] Voir les documents cités dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 171. On y trouve aussi, sous le no 20, l'indication de conventions ayant pour but d'assurer la transcription, en France, des actes de l'état civil intéressant les Français.

l'article 146, que la loi française réserve, à cet égard, sa compétence exclusive, au sujet de ses ressortissants nationaux. Elle doit être consultée, non seulement pour vérifier s'il y a eu le consentement voulu, mais encore, croyons-nous, pour apprécier l'importance des vices divers dont ce consentement pourrait être atteint, par suite d'erreur, de dol ou de violence, et pour en régler les conséquences. La compétence de la loi étrangère n'est reconnue qu'au sujet de la force probante et des formalités extérieures des actes de l'état civil qui sont intervenus sur son territoire. C'est bien là ce qui résulte des articles 47, 146 et 170 combinés avec les articles 180 et suivants. Le consentement et les circonstances constitutives de sa régularité, ne sauraient être considérés comme des formalités extérieures ; ce sont des conditions internes (Code civil, articles 1108 et suivants).

Il s'agit d'un contrat profondément empreint d'ordre public ; c'est une matière qui rentre, en droit français, dans le statut personnel : on doit faire généralement abstraction de toute influence des législations étrangères ; il ne faut s'arrêter qu'à la loi compétente, c'est-à-dire à celle du statut personnel.

90. — Les preuves à produire, ou à invoquer, au sujet du mariage, ont fait l'objet d'une série de dispositions contenues dans les articles 194 à 200 inclusivement. Nous écarterons, provisoirement, comme appartenant au droit pénal, les trois dernières de ces dispositions, qui se rapportent à l'effet de jugements intervenus en matière répressive. Quant à celles qui précèdent, nous laisserons

de côté les difficultés qui semblent se renfermer dans le droit interne, pour ne nous occuper que de celles qui intéressent plus directement notre doctrine.

On se demande, nécessairement, quelle est la nature de ces dispositions : appartiennent-elles à la procédure; s'y agit-il de preuves ou de faits juridiques, restés soumis aux règles qui les régissent de droit commun ; ne faudrait-il pas y voir des règles spéciales dominées par le statut personnel ?

Ce sont là des questions fort complexes ; on ne peut les résoudre qu'en les soumettant à une scrupuleuse analyse.

Il nous semble que, dans ces dispositions, le législateur se préoccupe de litiges engagés sur le territoire, il s'y énonce en termes généraux, et l'on pourrait être tenté d'y voir des règles de procédure. Nous ne pensons pas, toutefois, qu'une telle solution soit admissible. Il ne s'agit certainement pas de formes à respecter dans le cours de la contestation, mais bien de preuves ou de présomptions à produire; ce sont des éléments qui préexistent au procès et constituent, en quelque sorte, des droits acquis, puisque les juges doivent en tenir compte.

Les autres solutions énoncées comme possibles doivent être étudiées, en vue des dispositions auxquelles elles peuvent se rapporter; chacune de celles-ci doit être soumise à un examen spécial. L'idée de voir dans ces dispositions, des règles de procédure, étant écartée, il semble ne pouvoir s'élever de doute qu'entre le statut

personnel et celui des faits juridiques. Il ne faut pas perdre de vue, toutefois, que ce qui prédomine dans ce sujet, c'est qu'il s'y agit de preuves directes, ou indirectes soit de présomptions légales.

L'article 194 porte que nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 46, au titre *Des actes de l'état civil.* Cette disposition pose en principe que le mariage ne peut être prouvé que par la production de l'acte de célébration ; elle suppose, bien manifestement, que cet acte est intervenu sur le territoire français. Cela semble résulter également de ce qu'il y est question de registres et de ce que l'exemption prévue est tirée de l'article 46, qui semble se rapporter, en première ligne, tout au moins, à des actes intervenus en France.

La règle ne serait pas applicable aux mariages célébrés ailleurs. L'article 47 reconnaît la force probante des actes d'état civil étrangers, sous la seule condition qu'ils aient été rédigés suivant les formes usitées ; et ces formes n'exigent pas toujours des registres ; l'article 170 répète la même déclaration quant au mariage ; et nous avons déjà vu qu'on se contente de la simple possession d'état, quand cette preuve est admise comme suffisante dans le pays [1].

[1] Voir spécialement Cour de cassation, arrêt de Valmy, du 13 janvier 1857, Dalloz, 1857, I, p. 106.

L'article 195 ne fait que confirmer celui qui précède, en écartant un doute qui pouvait s'élever; il porte : « La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration devant l'officier de l'état civil. » Nous venons de voir qu'il peut en être autrement de mariages intervenus à l'étranger. Interprétés de la sorte, ces deux articles sont d'accord avec la vieille règle *Locus regit actum*. Ils paraissent applicables aux étrangers comme aux nationaux et ne semblent pas dériver du statut personnel qui accepte de telles règles, plus qu'il ne les crée.

L'article 196 porte : « Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte. »

Il y a dans cette disposition deux choses sur lesquelles elle agit simultanément, et qui se présentent chacune comme une condition nécessaire : 1° l'acte de mariage est revêtu des effets énumérés, quand il se combine avec la possession d'état ; 2° celle-ci est érigée en présomption qui produit les mêmes effets absolus quand elle se combine avec l'acte de célébration.

Nous n'avons pas à rechercher jusqu'où va la fin de non-recevoir consacrée par cet article ; ce sont là des difficultés qui doivent être renvoyées à l'étude du droit interne. Notre article soulève, d'ailleurs, d'assez graves problèmes se rapportant directement à notre doctrine. Il s'agit bien encore ici d'un mariage célébré en France,

et nous croyons que cet article serait inapplicable s'il s'agissait d'une célébration intervenue à l'étranger, dans un pays où pareille règle ne serait pas consacrée. La règle *Locus regit actum* ne permettrait pas de faire ressortir à l'acte de célébration, des effets absolus que la loi du lieu où il est intervenu ne lui donne pas. L'article suppose le concours de deux conditions, celle qui résulte de la représentation de l'acte nous semble faire défaut. La possession d'état ne pourrait suffire à elle seule.

Cela conduit à demander si l'article serait toujours applicable aux étrangers dont le mariage semblerait résulter, à la fois, d'un acte de célébration intervenue sur le territoire français et d'une possession d'état conforme.

On ne peut résoudre cette difficulté, qu'en recherchant quelles sont les conditions voulues pour que la possession d'état puisse être prise en considération, nouveau problème qui conduit à se demander d'où vient la puissance donnée à cette possession d'état et quelle est la loi compétente pour statuer sur ce point.

Disons, d'abord, que la possession d'un état civil, prise en elle-même, échappe, par la nature des choses, à la compétence des lois locales sous l'empire desquelles se réalisent les actes nombreux et divers dont elle se compose. Elle est une manifestation de la personne; elle réclame, comme celle-ci, l'application d'une loi unique la suivant en tous lieux; mais quelle est cette loi ?

Ce ne peut être que celle du lieu où le mariage a été célébré ou celle du statut personnel. C'est, croyons-nous,

à la première qu'il faut s'arrêter. Nous admettons bien que tant le statut personnel que le statut réel peuvent influer sur les faits juridiques et même créer à cet effet des présomptions spéciales ; mais il faut se demander, dans chaque cas, si telle a été la volonté du législateur. Nous ne pensons pas que cette volonté se manifeste avec assez d'évidence dans notre article.

Il s'agit, comme nous l'avons dit, de deux conditions inséparables, en ceci tout au moins qu'elles doivent se réaliser l'une et l'autre simultanément. L'une de ces conditions dépend de la loi du lieu de la célébration; n'est-il pas naturel de penser qu'il doit en être de même au sujet de l'autre ? La présomption dont il s'agit est, d'ailleurs fort naturelle ; elle se rattache à une idée généralement admise que la possession fait présumer le droit. On ne voit pas qu'il y ait là une création artificielle du statut personnel en vue de ses propres exigences.

La possession d'état apparaît, ici, comme une sorte de confirmation de l'acte de mariage. La fin de non-recevoir qui en résulte se rapporte à l'*acte*, c'est-à-dire aux formes dont il doit être revêtu et aux manifestations qui doivent s'y produire, plutôt qu'aux conditions de validité tenant au fond. Il n'y a là, semble-t-il, qu'une seule et même compétence, celle qui a lieu pour la célébration [1].

L'article 197 est ainsi conçu : « Si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de

[1] Voir, sur la portée de la fin de non-recevoir résultant de l'article 196, le *Nouveau Code Sirey* sous cet article, n° 1.

deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance. »

Cette disposition renvoie implicitement aux articles 320 et 321 réglementant la preuve ou présomption résultant de la possession d'état, en matière de filiation légitime; ces articles doivent, en conséquence, se combiner. Ils diffèrent en ceci, toutefois, que les deux derniers supposent que le mariage n'est pas contesté; ce qui fait défaut dans cette hypothèse, c'est la représentation de l'acte de naissance ; c'est la filiation, prise en elle-même, qui est mise en doute, ce n'est pas la légitimité ; la filiation qu'il s'agit d'établir sera nécessairement légitime, puisqu'elle est censée provenir d'un mariage non contesté. Dans l'hypothèse prévue en l'article 197, c'est l'acte de mariage qui ne peut être produit ; ce n'est pas sur la filiation, mais sur sa légitimité que le litige est engagé. On se contente, dans ce cas, de la possession d'état, en considération des circonstances énoncées dans le texte.

Les motifs de cette indulgence sont faciles à comprendre : on veut venir en aide à des enfants qui paraissent se trouver dans l'absolue impossibilité de faire la production réclamée. Il ne s'élève pas moins de grandes difficultés quand on se demande quelle est la nature de cette disposition, dans quel statut il faut la faire rentrer, si

c'est une règle de procédure applicable indistinctement à tous les litiges engagés en France.

L'idée d'une règle de procédure doit être écartée, suivant ce que nous avons déjà dit : c'est bien encore de preuves et de présomptions qu'il s'agit ici.

Mais, la vieille règle *Locus regit actum* paraît inapplicable, puisqu'on ignore le lieu où le mariage a été célébré : faudra-t-il en conclure que notre règle ne peut rentrer que dans le statut personnel, ce qui aurait pour conséquence de n'en faire l'application qu'à des Français ?

Nous ne le pensons pas et voici les motifs sur lesquels cette solution nous semble reposer. La règle consacrée par notre article revient à dire : La légitimité des enfants peut s'établir par la possession d'état d'époux dans laquelle ont vécu le père et la mère décédés, quand par suite des circonstances énoncées, la production de l'acte de mariage peut sembler impossible. Il y a dans l'article 46 une disposition qui n'est pas sans analogie.

Il est vrai qu'on ignore, dans l'hypothèse prévue, le lieu de la célébration, ce qui peut sembler mettre obstacle à l'application de la vieille règle régissant les preuves ; mais il faut se demander si la simple possibilité que l'acte soit intervenu en France, n'a pas dû paraître suffisante pour justifier l'application de la règle. Le droit français ne s'est-il pas, d'ailleurs, en quelque sorte, approprié les actes de l'état civil des pays étrangers, en déclarant dans l'article 47 que tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays

étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays? N'était-on pas ainsi conduit à dire : Dans quelque pays que le mariage ait pu être célébré, nous nous contenterons de la possession d'état, dans les circonstances indiquées ? Ne peut-on pas voir là, d'ailleurs, une de ces lois de police et de sûreté mentionnées dans le § 1er de l'article 3 du Code civil ? Cette disposition paraissant impérativement réclamée par les circonstances, et celles-ci ne permettant pas de préciser la localité dont la loi devrait lui servir de base, n'était-on pas conduit à faire abstraction d'une telle base, en créant une règle formulée d'une manière générale ?

Nous croyons pouvoir conclure de ce qui précède que l'article 197 doit profiter, en principe, aux étrangers comme aux nationaux, sur le territoire français.

Nous terminerons en disant que la Cour de cassation a fait l'application de l'article 197 à des personnes que tout désigne comme étrangères, sans que la question ait été soulevée [1].

91. — Les règles édictées pour être suivies en cas de demandes en nullité de mariage, se divisent naturellement en trois catégories, selon qu'elles se rapportent : 1° à la procédure et à l'organisation judiciaire, sujet sur lequel nous devons nous contenter de faire des réserves, pour nous en occuper plus tard ; 2° à des nullités provenant de la forme, sujet qui se trouve régi par la vieille

[1] Cour de cassation, arrêt Ernouf, du 11 août 1841 ; *Journal du Palais*, 1841, II, p. 431.

règle *Locus regit actum* et relativement auquel il faudra recourir à la loi du lieu où l'acte critiqué est intervenu; les dispositions contenues sous notre rubrique supposent uniquement des actes intervenus en France et ne se préoccupent que de la loi française; ou 3° à des nullités se rattachant au fond du droit et rentrant, par conséquent, dans le statut personnel.

Ces dernières dispositions ne s'appliquent qu'aux Français, dans quelque lieu que leur mariage ait été célébré (Code civil, articles 3 et 170; les articles 180 à 190 inclusivement rentrent dans cette catégorie).

Il faut ajouter que les diverses fins de non-recevoir mentionnées dans ces articles n'appartiennent pas à la procédure. Elles tiennent au fond du droit et rentrent dans le statut personnel, comme les causes de nullité dont elles écartent les effets.

92. — Le mariage valablement célébré, l'état civil des époux est changé; il se fixe pour l'un et pour l'autre dans le sens indiqué par la loi personnelle du mari.

Cette transformation rentre, bien manifestement, dans le statut personnel, en principe tout au moins. Les étrangers devront généralement, et autant que possible, rester soumis, en France, à leur loi nationale, sauf quelques règles se rattachant plus ou moins directement à l'ordre public.

La capacité purement personnelle de l'étrangère, et tout spécialement, le besoin qu'elle a d'une autorisation pour s'engager, reste, en principe, soumise à sa loi nationale,

dans quelque lieu qu'elle agisse [1]. Cette capacité purement personnelle ne doit pas être confondue avec la capacité réelle qui dépend du régime des biens, sujet qui rentre dans la doctrine du contrat de mariage. Nous verrons, quand nous aurons abordé cette doctrine, que la femme dispose plus librement de ses paraphernaux que de sa dot, parce que celle-ci a été conventionnellement soustraite à la libre disposition des époux. C'est là un acte de volonté plus ou moins indépendant du statut personnel et rentrant, dans une large mesure, dans le statut des faits juridiques.

De plus graves difficultés se présentent au sujet de mariages étrangers qui sont réguliers quant au statut personnel des époux, mais contraires à l'ordre public français, comme entachés d'inceste ou de bigamie.

Le § 1er de l'article 3 du Code civil est, croyons-nous, le seul texte qui puisse être invoqué plus ou moins directement en cette matière. Nous ne pensons pas que ce texte conduise à faire complètement abstraction de tels actes et à repousser tous les effets qu'ils devraient produire en France. Ces mariages existent en vertu de la loi compétente pour les régir : on ne saurait les considérer comme nuls et non avenus. Fussent-ils nuls, il serait difficile de leur refuser le bénéfice de la bonne foi. On peut bien éprouver, en France, quelques scrupules moraux ou sociaux, à participer à la création de tels rapports ;

[1] Voir sur ces questions les documents divers dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 3, nos 41 et suivants.

mais nous croyons que cet acte doit être respecté, dans ses effets juridiques, s'il s'est réalisé sous la protection de la loi compétente. Il est suffisamment satisfait aux exigences de l'ordre public, si l'on évite et défend ce qui pourrait porter directement atteinte à la moralité publique.

Outre les effets du mariage sur l'état et la capacité des personnes, cet acte en produit d'autres, que la source dont ils surgissent fait également rentrer dans le statut personnel. Tels sont les droits et les devoirs mentionnés dans les articles 212 à 214 du Code civil, s'occupant spécialement des époux, et la dette alimentaire mentionnée dans les articles 203 et suivants.

C'est directement dans le mariage, ou dans les liens de la famille, qu'il faut chercher l'origine, ou la base, de cet ensemble de droits et d'obligations réciproques. Les textes et la place qu'ils occupent dans le Code ne semblent laisser aucun doute à cet égard.

93. — Les articles 201 et 202 s'expriment de la manière suivante : « Art. 201. Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. » — « Art. 202. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage. »

Les rédacteurs de ces articles ne se sont, bien certainement, préoccupés que de droit interne : ils supposent un litige dont tous les éléments sont régis par la loi fran-

çaise ; les questions internationales paraissent avoir été complètement abandonnées à la doctrine.

Il peut s'élever, en cette doctrine, de bien graves conflits qui ne peuvent être évités que par des conventions diplomatiques. Le plan restreint que nous nous sommes tracé, ne nous permet d'aborder ces questions qu'au point de vue purement français. On ne pourrait les résoudre en vue des pays étrangers, qu'en faisant l'application du droit propre à chacun d'eux. Il faut ajouter, cependant, que, même en se plaçant au point de vue exclusivement français, l'on ne saurait se dispenser de rechercher quelles législations peuvent se trouver impliquées en de telles difficultés. Nous croyons possible de les ramener à trois catégories principales, correspondant aux questions diverses susceptibles de s'élever en telle matière, questions de formes extérieures et questions de fond se rapportant à l'un et à l'autre des deux époux.

Disons, d'abord, que s'il y a eu infraction à une seule de ces trois catégories de règles, et que la loi violée prononce la nullité, tout en accordant le bénéfice de la bonne foi, cette disposition devra être généralement observée. Chacune de ces trois lois concourant à la réalisation du même acte, est compétente, soit pour imposer des conditions de validité, soit pour apporter à la rigueur de ses règles tel adoucissement qu'elle estime convenable. Cela nous paraît vrai, pour la loi compétente en matière de formes extérieures, même dans les cas où il s'agirait pour elle d'étrangers et qu'elle n'aurait, individuellement, aucun intérêt à la validité ou à la nullité du mariage spé-

cial dont il s'agirait. C'est la conséquence de sa compétence internationale et de l'indivisibilité de ses dispositions. Cette règle s'applique, à plus forte raison, à chacune des deux autres lois impliquées dans l'acte. Leur compétence doit être d'autant plus scrupuleusement respectée, dans sa plénitude, qu'un intérêt direct s'y rattache pour le pays; mais voici des complications qui peuvent survenir :

1° La loi, purement régulatrice de la forme, n'a pas été respectée sur un point au sujet duquel elle prononce la nullité, sans y ajouter le bénéfice de la bonne foi ; les époux français pourront-ils invoquer nos articles? La solution de cette difficulté dépend de celle d'une question plus générale, que nous avons étudiée plus haut : le recours à la vieille règle *Locus regit actum* est-il facultatif, ou s'impose-t-il en termes absolus?

Ces questions peuvent se présenter avec des nuances fort diverses qui en compliquent la solution. Que décidera-t-on, par exemple, s'il s'agit d'une loi exigeant, à peine de nullité, que le mariage civil soit suivi du mariage religieux, ou bien d'un acte de publicité, formalités devant intervenir dans un délai qu'on a laissé passer? Sera-t-il possible de se contenter, en France, de l'accomplissement de ceux de ces actes qui auraient été nécessaires si le mariage eût été célébré sur le territoire? Exposer et résoudre les diverses questions surgissant en cette matière, ne serait pas possible ; il s'y présente une trop grande diversité dans le droit étranger comme dans les faits. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut, au sujet de la question principale.

2° Que deviendra l'application de nos articles, si l'on suppose que l'un des époux est un étranger soumis personnellement à une loi différente de la loi française?

S'il ne s'agit que d'une question de forme et que le mariage ait été célébré en France, la solution que nous avons présentée dans l'hypothèse d'un mariage célébré à l'étranger devra se reproduire ici : le bénéfice de la bonne foi doit être acquis à l'étranger comme au national. Il en sera de même si le mariage a été célébré dans le pays de l'époux étranger; la loi nationale de celui-ci devra prédominer, sous réserve de ce que nous avons dit au sujet de l'application facultative ou absolue de la vieille règle *Locus regit actum.*

S'il s'agit d'une nullité tenant au fond, les effets de nos articles doivent être étudiés sous deux aspects différents, selon qu'il s'agit du droit à la nationalité ou de droits se rapportant aux biens. Une question commune domine, toutefois, ces deux aspects.

Nous avons vu que la nature des choses semble exiger que le mariage soit valable aux termes des lois personnelles à chacun des deux époux ; cette solidarité a-t-elle lieu quant aux effets de la bonne foi, est-il nécessaire que les deux législations soient d'accord à cet égard?

Les effets de la bonne foi ne vont pas jusqu'à faire considérer le mariage comme valable; ils lui assurent, seulement, les droits qui seraient dérivés du mariage quant au passé; rien ne s'oppose d'une manière absolue à ce que chaque loi soit considérée à part. Il s'élève,

toutefois, des difficultés dans l'application de ces principes; parce qu'il y a certains effets qui supposent l'accord entre les deux lois ou la prépondérance de l'une sur l'autre.

En ce qui a trait à la nationalité, ces effets semblent dépendre de la circonstance que ce sera l'époux ou l'épouse qui sera revêtu de la nationalité française. Dans la première hypothèse, cette nationalité sera transmise à l'épouse par la loi française. Dans la seconde, la solution dépend de la loi étrangère[1]. Il est bien vrai que des conflits peuvent naître à cet égard; des traités diplomatiques peuvent seuls les écarter.

La prépondérance de la loi de l'époux semble pleinement justifiée, en théorie spéculative et aux termes des articles 12 et 19 du Code civil. La nationalité rentre, bien certainement et uniquement, dans le statut personnel, on ne peut, en ce qui la concerne, s'arrêter qu'à la loi nationale de chacun des époux ; mais que faudra-t-il décider quant aux droits de succession ?

Nous avons vu que les deux statuts s'y combinent, en droit français, de la manière suivante : le statut réel, régissant les biens, pose les bases originelles et fondamentales, en appelant à la succession telles ou telles catégories de parents ; le statut personnel, organisant la famille, fournit les moyens d'exécution, en désignant les

[1] Voir, sur ces deux hypothèses, les autorités citées dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 19, n° 4. La question n'est pas résolue unanimement dans le même sens.

personnes qui doivent être appelées à recueillir, effectivement, la succession; nous croyons que cette combinaison doit être maintenue pour l'application de nos articles.

3° Ces questions se présenteront plus nettement à l'esprit dans une troisième hypothèse, supposant un mariage célébré hors de France et entre étrangers restés tels, mais dont la succession s'ouvre en France, soit parce qu'ils étaient domiciliés en France et qu'il s'agit de leur patrimoine mobilier, soit parce qu'ils ont laissé des immeubles situés en France; la loi française n'est compétente qu'en ce qui a trait au statut réel. Il en résulte, croyons-nous, deux conséquences: 1° Le bénéfice de la loi française paraît acquis en ce qui a trait au statut réel fixant les bases de la succession. 2° Il ne pourra pas s'étendre aux étrangers en ce qui concerne leur statut personnel. Ils pourront profiter des dispositions favorables qui existeraient dans leurs lois nationales quant à ce statut.

Il s'agit bien, ici, de dispositions protectrices, qui méritent une grande faveur; mais ce serait pousser cette faveur bien loin que d'intervertir les règles de compétence naturelle sanctionnées par la loi.

94. — Nous avons vu qu'il se peut que le mari acquière une nationalité étrangère et que la femme reste française: quelle loi devra régir, dans ce cas, l'autorité maritale; restera-t-elle ce qu'elle était précédemment, ou sera-t-elle régie par la nouvelle loi personnelle du mari?

Il semble n'y avoir qu'une réponse à faire, quelque peu

satisfaisante qu'elle puisse paraître: Le système qui produit de tels résultats repose sur un principe de conservation de ce que l'on considère comme le droit individuel de la femme; il faut la maintenir, autant que possible dans la position qu'elle occupait précédemment. Des conflits pourront s'élever entre les deux lois; on pourra tenter de recourir à des traités diplomatiques. Il n'en restera pas moins là une combinaison peu normale.

CHAPITRE II.

Divorce et séparation de corps.

95. Introduction. — 96. Considérations générales sur la nature de ces institutions et sur la compétence internationale qui s'y rapporte. — 97. Réserves diverses.

95. — Au moment où nous traçons ces lignes, qui ne peuvent tarder à être mises sous presse, le sort des projets préparés, en France, pour y réintroduire le divorce, précédemment aboli par une loi du 8 mai 1816, est encore incertain. Il en résulte, pour nous, l'obligation de ne traiter ce sujet que très succinctement, en nous arrêtant au droit actuel qui doit conserver quelque importance, même dans le cas où les tentatives d'innovation aboutiraient à des résultats positifs.

96. — Les rapports établis entre le divorce et la séparation de corps, par le droit actuel, et les limites étroites

que nous devons imposer à cette étude, nous dispensent de la scinder en deux, et permettent de s'arrêter à quelques considérations générales sur la nature commune à ces deux institutions.

Le divorce rompt complètement les liens du mariage, la séparation de corps les laisse subsister, mais les desserre, en dispensant les époux de continuer la vie commune.

Les modifications provenant de l'une et de l'autre sont, cependant, assez profondes, pour produire un véritable changement d'état. Cette conséquence de la séparation de corps serait bien difficile à contester depuis que la loi du 6 décembre 1850 permet au mari d'invoquer cette circonstance, comme cause de désaveu d'enfants nés postérieurement.

Il en résulte que, tant la séparation de corps que le divorce, rentrent bien dans le statut personnel, et se trouvent, en conséquence, régis par le § 3 de l'article 3 du Code civil. C'est là une grande simplification reposant, d'ailleurs, sur la nature des choses [1]: on n'a plus, suivant les principes consacrés par le Code, à se préoccuper que

[1] Dans son ouvrage publié en 1872, M. David Dudley-Field, célèbre jurisconsulte américain, ne comptait pas moins de neuf législations qui ont été présentées comme plus ou moins compétentes en matière de divorce (*Draft outlines of an international Code*). Il en a paru une nouvelle édition qui doit avoir été traduite par M. Albéric Rollin, professeur de droit pénal à Gand. Nous avons rendu compte de la première édition dans la *Revue* de M. Laboulaye, années 1872 et 1873.

de la loi nationale des époux. C'est elle qui seule indique les différentes causes qu'il est permis d'invoquer; sauf en ce qui a trait aux preuves à produire, il n'importe dans quels lieux se soient réalisés les faits allégués. Bien que ces faits puissent provoquer l'application de peines et rentrent, à cet égard, dans le domaine du droit répressif, ils restent soumis aux principes de droit civil quant à l'influence qu'ils doivent exercer sur les liens du mariage.

97. — Les questions les plus difficiles sont, comme nous l'avons déjà dit, celles qui se rapportent à la compétence judiciaire. L'article 232 porte que la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, sera pour l'autre époux une cause de divorce; cette disposition, étendue à la séparation de corps (article 306), rentre naturellement dans une autre partie de ces études. Nous ne pouvons que faire des réserves quant à ces deux genres de questions. Les effets produits par le divorce ou la séparation de corps sur les biens des époux, pourront trouver leur place sous les rubriques spéciales dans lesquelles elles doivent rentrer. L'indécision présente n'existera peut-être plus, quand nous aborderons ces divers sujets.

CHAPITRE III.

De la filiation et de l'adoption.

98. Filiation légitime. — 99. Légitimation par mariage subséquent. — 100. Reconnaissance d'enfants naturels. — 101. Adoption.

98. — Le Code civil traite de la filiation légitime, dans deux chapitres distincts, dont chacun résout une série de questions d'une nature particulière. Il importe de déterminer, avec toute la précision possible, le domaine propre à chacun de ces chapitres ; c'est ce que nous ferons en les abordant successivement.

Le premier porte la rubrique générale de la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage, il se compose des articles 312 à 318 inclusivement. Ces dispositions supposent qu'aucun doute ne s'élève sur le mariage et sur la naissance, elles se préoccupent seulement de chercher dans quels cas l'enfant né dans telles ou telles conditions, peut réclamer la légitimité résultant du mariage. C'est la question de la légitime considérée en elle-même et directement : on peut dire qu'il s'y agit des conditions générales dont la réalisation est nécessaire pour qu'elle soit reconnue.

Le Code civil considère comme légitime l'enfant conçu, ou même né, pendant le mariage. Cette disposition rentre, bien certainement, dans le statut personnel. Il faut

en dire autant de celles qui la suivent et qui n'ont pas d'autre but que de la développer et d'en réglementer l'application, toujours d'une manière générale.

La base fondamentale de toute cette doctrine, n'est pas autre chose qu'une présomption fixant les conditions premières de la légitimité. Cette présomption se présente moins comme preuve que comme règle de droit, puisqu'elle ne préjuge rien sur l'existence ou la non existence des faits qu'elle se contente de supposer, sauf à s'occuper plus tard, dans le chapitre second, de la manière dont la preuve devra s'en faire.

Le bénéfice de cette première présomption peut être écarté, par l'action en désaveu, qui a pour but de la combattre et dont les conditions diffèrent, selon qu'on se trouve dans l'une ou dans l'autre des deux hypothèses prévues, de la conception ou de la naissance pendant le mariage.

Les faits spéciaux invoqués à l'appui du désaveu, rentrent sous l'application de la vieille règle *Locus regit actum*. Cette action doit, dans tous les cas, être intentée dans un court délai (Code civil, articles 312 à 318, et loi du 6 décembre 1850 sur la séparation de corps). On peut se demander si ces délais doivent être considérés comme appartenant à la procédure. Nous ne le pensons pas ; il faut, croyons-nous, y voir des conditions imposées à ce genre de contestation. L'action doit être promptement intentée, soit parce que de telles questions ne doivent pas rester longtemps indécises, soit parce que les preuves contraires peuvent disparaître. La fixation de ces délais rentre

sous la même compétence que l'action dont elle n'est qu'un accessoire. Il est, d'ailleurs, douteux que les tribunaux français soient compétents pour statuer sur de tels litiges élevés entre étrangers ; c'est une question qui n'appartient pas à cette partie de notre travail [1].

Le chapitre II est intitulé *Des preuves de la filiation des enfants légitimes.*

Nous avons dit que deux choses sont à la base de la légitimité, il en résulte que le chapitre premier dont nous venons de nous occuper, serait incomplet, si l'on ne disait pas comment chacun de ces deux éléments doit être prouvé. Il a été traité du mariage sous la rubrique spéciale qui le concerne, il restait à s'occuper de la naissance, dont il s'agit ici.

Nous voyons se présenter, pour la naissance comme pour le mariage, une série de dispositions dont la nature peut sembler douteuse, et faire hésiter entre le statut personnel et celui des faits juridiques ; il faut nous y arrêter quelques instants.

L'article 319 porte : « La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil. » Cette disposition suppose, bien manifestement, une naissance intervenue sur le territoire français, elle rentre dans le statut des faits juridiques, et

[1] Voir les autorités citées dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 15, n° 26 et suivants, et spécialement l'arrêt Hourlier et Stein, rendu par la Cour de cassation le 6 mars 1877 ; Dalloz, 1877, I, p. 189.

doit se combiner avec les articles 46, 47 et 48. Il suffit de renvoyer à ce que nous avons déjà dit précédemment sur ce sujet.

L'article 320 ajoute : « A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. » L'article 321 énumère les principaux faits constitutifs de cette possession d'état. Il s'agit, ici, d'une présomption légale se rapportant à une question d'état ; faut-il en conclure qu'elle doit rentrer dans le statut personnel, et se trouver, par cela même, soumise à la compétence de la loi régissant ce statut ?

C'est là une question très délicate qui nous a longtemps retenu, et sur laquelle nous avons beaucoup hésité. Voici les motifs qui nous ont conduit à une réponse négative, en vue du droit positif français :

1° La présomption dont il s'agit est fort différente de celle qui fait l'objet du chapitre précédent : elle ne se présente pas comme une règle abstraite de droit, mais comme preuve indirecte, tenant lieu de celle qui devait résulter de l'acte de naissance. C'est le caractère de preuve qui prédomine, cela résulte soit du texte, soit du contexte, soit des rubriques différentes des deux chapitres juxtaposés.

C'est d'un fait concret et nettement articulé qu'il s'agit d'administrer la preuve : tel enfant est né de tels époux. Cette preuve doit se faire en premier lieu par les registres de l'état civil. A défaut de ce titre, on peut y suppléer par la possession d'état. Si ces deux genres de preuves sont impossibles, on peut, dans certains cas,

recourir à une enquête. Il s'agit bien, dans ces trois hypothèses, de la preuve d'un fait juridique ; c'est, d'ailleurs, ce qui résulte de la rubrique.

Il résulte de ce qui précède que ces preuves doivent ressortir au statut des faits juridiques. La doctrine et la jurisprudence qui se sont formées en cette matière et que nous avons mentionnées plus haut en traitant des actes de l'état civil et de la preuve en général, semblent appuyer fortement cette solution qui paraît, d'ailleurs, reposer sur la nature des choses.

2° La naissance et le mariage étant les bases de l'état civil, celui-ci dépend de l'administration des preuves nécessaires à la constatation de ces deux éléments fondamentaux. Il en résulte que la loi qui devrait fixer les conditions nécessaires au gain du procès, dépendrait souvent elle-même de l'issue de celui-ci. Il se peut que la nationalité de la femme dépende de l'existence du mariage et celle du fils de la légitimité de sa naissance. Il y aurait là une sorte de cercle vicieux dont il ne serait pas facile de se tirer ; il s'élèverait, tout au moins, des conflits qui ne seraient pas sans difficultés.

Il est heureux et, croyons-nous, indispensable, qu'un statut spécial et indépendant en principe, celui des faits juridiques, doive intervenir en telle matière. S'il en était autrement, le statut personnel devrait se créer en quelque sorte lui-même, en fixant les éléments constitutifs de sa propre existence, ou, tout au moins, les bases servant à produire les diverses manifestations concrètes dont il est susceptible. Ces manifestations reposent sur

des faits juridiques et la preuve de ces faits doit rester soumise aux règles ordinaires de cet élément de droit, parce que le statut lui-même en dépend. C'est ainsi que l'équilibre peut se maintenir entre les divers statuts, et que chacun d'eux reçoit la part d'influence qui semble lui revenir.

La doctrine que nous venons d'exposer nous semble conforme non seulement au droit positif français, mais encore à la nature des choses et aux exigences de la théorie spéculative. Il reste à rechercher quelle règle pratique doit en résulter, en nous demandant quelle est, effectivement, la compétence des articles 320 et 321. C'est encore une question qui ne manque pas de difficultés.

Nous avons déjà rencontré, sous l'article 197, un problème qui, sans être identique, présente cependant quelques analogies. Cette disposition est rédigée d'une manière plus précise que l'article 320. Elle énonce des conditions tendant à établir que les enfants ne savent pas dans quelle localité leurs parents se sont mariés, ce qui doit conduire, comme nous l'avons déjà vu, à faire l'application de la règle, quel que puisse être le lieu de la célébration supposée. Il n'y a rien de semblable ici, la seule condition mentionnée consiste en ce qu'on ne présente pas d'acte de naissance ou d'acte équivalent, suivant ce qui a été dit plus haut. Nous croyons devoir conclure de ce qui précède, que l'application de cet article doit dépendre de la plus ou moins grande probabilité que la naissance est intervenue en France. C'est là

ce qui résulte de la position prévue : il peut se faire que, tout en sachant dans quel lieu la naissance est intervenue, l'on ne puisse pas recourir à l'application de l'article 46; nous croyons que c'est, principalement, en vue de cette hypothèse, que la règle a été consacrée. La non-production de l'acte provoque nécessairement le doute sur le lieu de la naissance ; mais, ce doute pourra disparaître par suite des faits constituant la possession d'état. Nous irons plus loin : nous dirons que rien ne paraît s'opposer à ce qu'on offre de prouver que la naissance a eu lieu, ou a dû avoir lieu, sur le territoire français ; c'est une question sur laquelle nous reviendrons en nous occupant de l'article 323.

En dehors de cette hypothèse, il faudrait s'arrêter à la loi du pays au sujet duquel une telle probabilité se manifesterait.

L'article 322 porte : « Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre ; et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance. » Cette disposition doit être rapprochée de l'article 196 ; mais elle est plus grave et plus générale : elle crée une double fin de non-recevoir, opposable envers et contre tous. Pour qu'elle soit applicable, il faut et il suffit que la naissance ait eu lieu en France ; s'il en est autrement, il faut s'arrêter au droit de la localité où cet événement est intervenu. C'est là ce que réclame la vieille règle *Locus regit actum.*

Les articles 323, 324 et 325 énoncent les conditions

auxquelles on pourra suppléer, par la preuve testimoniale, au défaut de titre et de possession d'état. Ces dispositions qui se rattachent manifestement aux précédentes, nous semblent confirmer ce que nous avons dit au sujet de l'article 320. Le lieu de la naissance se manifestera nécessairement dans l'hypothèse prévue, puisqu'il s'agit d'une preuve directe. Cette preuve pourra difficilement se faire sans indiquer le lieu où l'événement s'est réalisé.

Les articles 326 et 327 fixent la compétence respective de la justice civile et de la justice pénale en matière de réclamation d'état. Ils appartiennent à la procédure et ne doivent pas nous occuper ici.

L'article 328 porte : « L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant. » Cette disposition paraît être une application ou une dérivation de l'article 2226 qui porte : « On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce. » Le domaine dont il s'agit, c'est l'état juridique de la personne, chose essentiellement empreinte d'ordre public et placée au-dessus des atteintes de la volonté individuelle, ce qui tend à manifester la nature de notre article.

Le droit d'agir n'est pas une preuve, ce n'est pas même, à proprement parler, un fait juridique. S'il fallait absolument se placer, pour l'apprécier, au moment où il en serait fait usage, l'action intentée serait un fait qui rentrerait, bien manifestement, dans le statut personnel, et qui devrait être régi par lui, puisqu'il doit lui servir de garantie et qu'il est l'exercice d'un droit qui en dépend.

Nous reviendrons, indirectement, sur ce sujet, en nous occupant, plus tard, des traits caractéristiques de la prescription en droit positif français.

Quant aux moyens qu'on peut invoquer à l'appui de l'action, nous devons nous référer à ce que nous avons dit ci-dessus.

Les articles 329 et 330 indiquent dans quels cas les héritiers de l'enfant peuvent intenter ou continuer l'instance en réclamation d'état. Ils semblent rentrer dans le statut personnel comme l'action elle-même.

Ces dispositions doivent être rapprochées des articles 317 et 318 ; ce sont là des règles spéciales qu'il ne serait pas possible de considérer comme appartenant à la procédure de droit commun.

Si nous avons bien compris les idées émises par M. Laurent, au sujet de la filiation légitime, ces idées diffèrent de celles que nous avons énoncées nous-même, en ce qu'elles accordent une influence plus exclusive au statut personnel [1].

L'auteur ne semble faire aucune distinction entre les dispositions comprises dans les deux chapitres que nous avons mentionnés plus haut ; il fait rentrer dans le statut personnel, même les règles se rapportant directement aux preuves. Nous ne pouvons nous empêcher de penser que l'auteur fait de la théorie spéculative plus que du droit positif, quand il dit : « J'en conclus qu'en principe l'en-

[1] *Droit civil international*, t. V, p. 506 à 522, et spécialement le n° 250.

fant doit prouver son état d'après son statut personnel ou national. » Cela peut être vrai en théorie pure, mais nous pensons que la question se pose autrement en droit positif ; la vieille règle *Locus regit actum* s'est fait assez généralement reconnaître pour que, dans le doute, on dût la supposer admise.

L'auteur termine en disant : « Mais quand l'enfant naît à l'étranger, je ne vois pas en vertu de quel principe il pourrait invoquer une loi territoriale qui ne le concerne pas, puisqu'elle règle une question de filiation, c'est-à-dire d'état. » Nous ne pensons pas que cette énonciation puisse se rapporter au droit français. Il n'y est dit nulle part que les règles édictées au sujet des actes de naissance dressés sur le territoire ne concernent que les nationaux, ce que l'auteur reconnaît; et le Code s'approprie, en quelque sorte, les actes de l'état civil reçus à l'étranger. Il les déclare applicables tant aux étrangers qu'aux nationaux et s'exprime toujours en termes généraux (Code civil, article 47).

Nous pensons, avec M. Laurent, qu'il faut généralement se placer à l'époque de la naissance de l'enfant, pour savoir quelle loi doit régir sa filiation. C'est, bien manifestement, de cette époque que datent les droits qu'il faut consacrer; c'est à cette époque que s'est réalisé le fait dont il s'agit de faire la preuve.

Supposant un père et un fils de nationalités différentes, M. Laurent se demande lequel des deux statuts doit prévaloir sur l'autre, et se prononce pour celui de l'enfant. Cette solution lui est fournie par une sorte de syllogisme

ainsi conçu : « Puissance paternelle n'a lieu, donc le droit est du côté de l'enfant, le père remplit seulement l'office de protecteur ; partant, il n'y a qu'un statut à considérer, celui de l'enfant » (page 507).

Cette règle ne nous paraît pas suffisamment justifiée. Nous persistons à penser que ce qui est preuve proprement dite doit être soumis à la maxime *Locus regit actum*. Ce qui tient au droit (articles 312 et suivants) nous semble devoir être régi par le statut du père. L'enfant qui veut être reconnu fils légitime de tel père, prétend participer à l'état de celui-ci ; ne doit-il pas satisfaire aux conditions fixées par la loi régulatrice de cet état ? N'est-il pas naturel de lui imposer les règles du statut qu'il dit être le sien ? N'est-ce pas dans son propre statut que le père doit le plus naturellement chercher ses moyens de défense ? Ne doit-il pas accepter le fils que ce statut lui assigne ?

C'est aussi par voie de syllogisme que M. Laurent a procédé pour établir son principe général, faisant prédominer, en termes trop absolus, suivant nous, le statut personnel en cette matière : « La filiation est une dépendance du mariage, dit-il (page 508) ; or, la loi du mariage est celle du mari. Donc le statut personnel du mari détermine la loi qui régit la filiation. »

Ce syllogisme peut être exact, en termes généraux, pour ce qui tient au fond du droit ; mais il nous semble devoir être écarté quant à ce qui tient à la preuve, en droit français. Les articles 47, 170, 194 et 319 combinés paraissent ne laisser aucun doute à cet égard. On dira,

peut-être, que ces articles font partie du statut personnel français, puisqu'ils se rapportent aux éléments fondamentaux de l'état des Français. Nous répondrons que ces dispositions ne s'occupent de ces éléments que pour les soumettre aux règles du statut des faits juridiques, en consacrant la compétence de la loi sur le territoire de laquelle ces faits se réalisent. Il suffit, pour s'en convaincre, de rapprocher les termes de l'article 3 de ceux des dispositions rappelées ci-dessus.

L'article 3 ne parle que des Français, et déclare que les lois concernant leur état et leur capacité les régissent, même résidant en pays étranger. L'article 47 porte que « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays. » Serait-il possible d'exprimer plus nettement les traits caractéristiques des deux statuts, nécessaires l'un et l'autre à la bonne réglementation de la vie sociale ?

M. Laurent ajoute que le principe qu'il formule est celui de la tradition française. Le président Bouhier est cité comme fournissant la preuve de cette assertion. Nous ne pensons pas que cet auteur, qui était certainement un novateur, puisse être tenu pour un bien fidèle représentant de la tradition. Il s'exprime, d'ailleurs, dans le texte cité, en termes trop généraux, pour faire autorité sur la question spéciale dont il s'agit; il ne dit pas qu'au lieu du domicile, on ne dût pas tenir compte, en matière de preuve, de la loi du lieu où les faits s'étaient réalisés. Il paraît supposer un acte de

reconnaissance intervenu au domicile des parents et termine en disant : « Il en faut donc conclure que l'enfant reconnu, au lieu du domicile du père et de la mère, pour être issu d'eux, et dans les formes prescrites en ce même domicile, doit, sans difficulté, être tenu pour tel dans tous les lieux où il pourra se transporter. » Nous croyons cette proposition pleinement justifiée; mais il s'agit de savoir si, suivant la tradition, la reconnaissance ou la naissance ne pouvaient être valablement constatées qu'au domicile des parents et conformément aux formes qui y étaient usitées.

S'il existe une règle traditionnelle incontestable, c'est la vieille maxime *Locus regit actum*; et cette maxime s'appliquait aux actes de l'état civil [1].

99. — L'enfant naturel peut être légitimé par mariage subséquent. Cet effet du mariage semble rentrer, bien certainement, dans le statut personnel. Il dépend du domicile ou de la nationalité, suivant le principe auquel on s'arrête. La nature des choses conduit à penser qu'il faut prendre la loi du mari comme base, si les deux époux se

[1] Voir Boullenois, *Traité de la personnalité*, etc., t. I, p. 492 et suivantes. On y trouvera même une critique des opinions du président Bouhier, en matière de preuves. Cette discussion nous paraît très remarquable, en ce sens qu'elle porte sur la question de savoir si la règle *Locus regit actum* rentre dans le statut personnel, sans qu'on se demande si elle ne forme pas un statut spécial et distinct. Cela indique l'espèce de subordination dans laquelle se trouvait ce qu'on appelait statut mixte, dans le sens technique du mot.

trouvaient soumis, au moment de la célébration, à des règles différentes. Cette solution s'impose comme logique et nécessaire, l'enfant légitime suivant la nationalité de son père, et les enfants légitimés par mariage subséquent devant avoir les mêmes droits que s'ils étaient nés de cette union (Code civil, articles 331 à 333)[1].

La Cour de cassation a, cependant, jugé le contraire, dans un arrêt du 23 novembre 1857, portant mise à néant d'un arrêt de la Cour d'Orléans du 17 mai 1856[2]. Il s'agissait d'un mariage célébré sur le territoire français en 1853, entre sieur Skottowe, Anglais, et une Française. Cet acte portait reconnaissance d'enfants nés antérieurement. La Cour d'Orléans ne reconnut pas cette légitimation comme valide, parce que la loi anglaise qui avait suivi le sieur Skottowe en France, ne reconnaît pas cet effet du mariage. La Cour de cassation se prononça dans un sens opposé, par les motifs suivants:

« Attendu que la législation et la jurisprudence anglaises..... ne pourraient, au cas où le mariage a été célébré en France, où le père seul est Anglais et domicilié en France, la mère Française et les enfants nés en France, enlever à cette femme le droit qu'elle tenait de la loi française, qui était la loi du domicile matrimonial à laquelle les futurs époux sont réputés avoir eu la vo-

[1] Voir les documents cités dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 3, nos 32 et suivants. Voir spécialement l'arrêt de rejet du 20 janvier 1879; Dalloz, 1879, I, p. 107, affaire Antonelli.

[2] Dalloz, 1856, II, p. 154, et 1857, I, p. 423.

lonté de se soumettre, de légitimer ses enfants par son mariage avec leur père, et à ceux-ci le bénéfice de cette légitimation. Attendu que cette convention tacite des époux doit produire, en France, des effets complets et indivisibles, tant en ce qui concerne le père qu'en ce qui concerne la mère et les enfants : qu'autrement ce ne serait pas une véritable légitimation ; que la bonne foi de la mère serait trompée, aussi bien que les espérances qu'en consentant au mariage elle avait placées dans les lois de son pays, tant pour elle-même que pour ses enfants, lesquels, nés en France, pourront, malgré la reconnaissance du père dans l'acte de mariage, réclamer à leur majorité, d'après l'article 9 du Code civil, la qualité de Français. Attendu que ces considérations de fait et de droit ont d'autant plus de force que, d'après son objet et ses résultats, qui sont de réparer une faute commise contre l'ordre social, etc., la légitimation par mariage subséquent est, en France, comme le mariage lui-même, d'ordre public. »

La décision de la Cour de cassation a été adoptée par un arrêt de la Cour de Bourges du 26 mai 1858 (Dalloz, 1858, II, p. 178). La doctrine de ces deux arrêts a été vivement critiquée par M. Laurent, t. V, p. 584 et suiv.

Il nous semble qu'il y avait, comme élément prépondérant, dans ce litige, une question de compétence : la loi suivait-elle, comme statut personnel, le sieur Skottowe en France ? Cette question supposée résolue dans le sens positif, il fallait rechercher si cette loi admettait la possibilité de la légitimation.

Dans un sujet profondément empreint d'ordre public, la compétence et le droit primaient la volonté individuelle des parties.

La solution adoptée doit avoir eu pour conséquence de conférer aux enfants dont il s'agissait, un état civil différant en France et en Angleterre, ce qui est une cause de grand désordre.

Au fond, toute l'argumentation de la Cour tend à écarter l'effet du statut personnel anglais, par des considérations tirées du droit et de l'intérêt français. On se demande si, dans cette argumentation, il a été suffisamment tenu compte des travaux préparatoires se rapportant à l'article 3, et tendant à constater qu'il était généralement reconnu, par le Conseil d'Etat, que les étrangers ne devaient pas être soumis au statut personnel français.

Le plus fort argument, dans le sens adopté par la Cour de cassation, semble résulter du § 1er de l'article 3 du Code civil. Ne pourrait-on pas dire que la légitimation par mariage subséquent, doit être considérée comme une de ces mesures d'ordre et de moralité qui, par la nature des choses, s'imposent impérativement aux étrangers comme aux nationaux. Ce serait, croyons-nous, aller bien loin que d'imposer des effets positifs contraires à la loi compétente. Ce sont là, d'ailleurs, des questions sur lesquelles on peut différer, sans s'accuser réciproquement d'immoralité. La légitimation par mariage subséquent, que nous ne voulons certainement pas combattre, peut avoir aussi ses séductions et ses côtés faibles, au point de vue moral; c'est tout au moins la doctrine anglaise, et cette doctrine peut se soutenir.

Ajoutons que les effets de la légitimation prononcée devaient, par la nature des choses, ne pas se renfermer en France, mais s'étendre en Angleterre; et même s'y produire avec une intensité plus grande, puisqu'elle tendait à imposer à ce pays des ressortissants que sa loi repoussait. On ne peut pas recourir à l'idée d'effets locaux et distincts pour chacun des deux pays, comme nous l'avons fait au sujet de la bonne foi : il semble impossible de scinder les effets d'un mariage dont la validité n'est pas contestée.

Il est généralement admis que le mariage déclaré nul et mis au bénéfice de la bonne foi, produit la légitimation des enfants nés antérieurement. La disposition finale de l'article 202 peut soulever quelque doute ; mais l'article 201 s'exprime en termes généraux et la légitimation a précisément pour but de donner des effets rétroactifs au mariage [1].

Malgré ce que nous avons dit au sujet d'une plus grande divisibilité des effets de la bonne foi, nous croyons qu'en ce qui a trait à la légitimation, la loi personnelle du mari doit conserver une influence prépondérante. La légitimité paraît difficile à scinder et les effets de la bonne foi pourraient difficilement dépasser ceux qui seraient résultés du mariage, s'il eût été valable. Les effets produits doivent être ceux qui seraient dérivés du mariage (Code civil, articles 201 et 331 combinés).

[1] Voir le *Nouveau Code Sirey* sous l'article 331, n° 7, et Valette, *Cours de droit civil*, p. 303 et 418.

100. — La filiation des enfants naturels se manifeste de trois manières, soit : 1° Par reconnaissance directe et volontaire; 2° par voie de conséquences dérivant, indirectement, de jugements qui statuent sur une action en désaveu ou sur une demande en nullité de mariage; 3° par décision judiciaire intervenant dans un litige sur une recherche de paternité ou de maternité.

C'est, bien certainement, le statut personnel qui semble, généralement, prédominer en cette matière; il y a, cependant, certains cas où quelques doutes peuvent s'élever, au sujet du statut des faits juridiques se rapportant à la preuve.

I. L'article 334 porte que la reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.

C'est un sujet dont nous nous sommes déjà occupé d'une manière générale, en traitant des formalités substantielles. Nous n'avons pas à nous arrêter sur les nombreuses questions de droit interne, soulevées quant aux caractères voulus pour qu'il y ait authenticité ; il faut nous arrêter à ce qui se rapporte directement au droit international.

Nous avons déjà dit que par une jurisprudence récente, la Cour de cassation exige que la procuration donnée pour procéder à un acte qui doit se faire sous forme authentique, en France, soit elle-même revêtue de cette forme [1].

[1] Voir l'arrêt Aguillon contre Durand, rendu par la Cour de cassation, le 12 février 1868, et se rapportant, précisément,

Il nous serait difficile de croire, avec M. Laurent, que les Français ne pourraient pas faire une reconnaissance sous seing privé dans un pays où elle ne constituerait pas un acte solennel, expression qui semble désigner un acte authentique aux termes de la loi sous l'empire de laquelle il est intervenu [1]. Rien ne semble indiquer suffisamment, dans cette disposition, qu'elle s'applique aux actes intervenus à l'étranger, comme à ceux qui se font sur le territoire français. On ne peut argumenter dans ce sens, des articles 2127 et 2128 qui s'énoncent en termes fort différents. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que l'acte de reconnaissance est un acte d'état civil et que l'article 47 admet de tels actes, quand ils ont été faits suivant les formes usitées dans le pays où ils sont intervenus; ces formes peuvent ne pas être toujours solennelles ou authentiques.

M. Laurent admet que l'acte de reconnaissance, fait en France par un étranger, serait régi, quant aux conditions de validité ou d'existence, par la loi nationale de l'étranger. Si cette loi n'exige pas la solennité, l'acte pourrait être passé valablement sous seing privé. Cela

à une reconnaissance d'enfant naturel; Dalloz, 1868, I, p. 60, et les références portant spécialement sur une consultation de Demolombe. Voir aussi le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 334, n° 56.

[1] *Droit civil international*, t. V, p. 533. Voir sur ces questions combinées avec celle d'une légitimation par un mariage subséquent célébré à l'étranger, Laurent, t. V, p. 535, n° 257, et *Journal de droit international privé*, 1877, p. 228-232.

peut se défendre comme théorie spéculative, c'est le système proposé par l'auteur ; mais cela ne peut être admis en droit positif, qu'à deux conditions : il faudrait que la loi étrangère considérât cette matière comme rentrant dans le statut personnel et non dans celui des faits juridiques ; il faudrait, encore, que la France adoptât pour les étrangers agissant sur son territoire des règles opposées à celles qu'elle a consacrées par l'article 47, tant pour les étrangers que pour les nationaux agissant en pays étranger, ce que rien ne justifie.

L'article 335 ajoute : « Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. » C'est là, bien manifestement, une disposition de statut personnel. On doit se demander si c'est une disposition d'ordre public international.

Les rédacteurs du Code semblent considérer cet article comme un hommage rendu à la sainteté du mariage ; faudra-t-il en conclure qu'on ne doit pas satisfaire, en France, aux effets de pareilles reconnaissances, intervenues entre étrangers dont la loi personnelle ne contient aucune défense à cet égard ?

Devrait-on refuser de recevoir en France un tel acte de reconnaissance autorisé par la loi personnelle de celui qui veut en accorder le bénéfice ?

Il nous serait difficile de ne pas en douter : il n'y a pas de texte, tout se réduit à une appréciation d'effet moral susceptible de varier avec le cours des idées, qui deviennent de plus en plus tolérantes. Le scandale qu'on pouvait craindre ne se produirait guère de nos jours, parce

qu'il s'agit de questions fort contestables en elles-mêmes.

Il y aurait, peut-être, une différence à faire entre les deux questions énoncées ci-dessus, qui se rapportent, l'une aux effets résultant de reconnaissances valablement intervenues à l'étranger, l'autre à de pareilles reconnaissances dont on demanderait à passer acte sur le territoire français. Il y a dans le premier cas des droits régulièrement acquis sous la protection d'une loi étrangère. On demande, dans le second, la coopération des fonctionnaires du pays pour y consommer un acte que la loi locale réprouve. Nous inclinons à penser que ces derniers scrupules subiront le sort de ceux qu'on éprouvait au sujet de la célébration d'un nouveau mariage contracté par un époux divorcé. L'ordre public repose, ici, sur la morale et les idées que l'on se forme de celle-ci varient suivant les temps.

L'article 336 porte que « la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. » Deux conditions sont indiquées pour que cette disposition soit applicable, la désignation de la mère et le consentement ou l'approbation donnée par celle-ci. La première rédaction proposée au Conseil d'Etat portait : « Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère. » On voit que cette disposition a été considérablement modifiée.

De nombreuses controverses se sont élevées quant à la manière dont il faut l'interpréter : les rédacteurs ont-ils simplement voulu écarter l'idée d'un mandat tacite et

légal conféré au père pour constater le fait dont il s'agit, ou faut-il voir, dans sa déclaration, une présomption de vérité, ayant pour conséquence de dégager l'enfant des rigueurs qui lui sont imposées par l'article 341, quant aux preuves qu'il doit produire? Chacun de ces systèmes a été soutenu, mais le second paraît l'emporter de beaucoup[1].

Le premier de ces systèmes paraît devoir se rattacher à la doctrine générale des actes de l'état civil, à la question de savoir quelle autorité leur est due quant à la véracité des faits déclarés. Pris dans ce sens, l'article serait applicable à tous les actes de reconnaissance intervenus sur le territoire.

Cette solution devrait être admise, même dans les cas où la reconnaissance n'aurait pas été faite par acte inscrit sur les registres de l'état civil. C'est par condescendance et pour favoriser les reconnaissances, que le législateur a permis de les faire par acte authentique ordinaire; l'acte ne s'en rapporte pas moins à l'état civil, il est seulement entouré d'une moindre publicité.

Le second système conduit à rapprocher les articles 336 et 341, pour les unir plus ou moins étroitement l'un à l'autre; c'est quand nous aurons abordé ce second article, que nous pourrons terminer ce que nous avons à dire sur le premier.

[1] Voir, sur cette polémique, les nombreux documents cités dans le *Nouveau Code Sirey* sous l'article 336, et plus spécialement l'arrêt Lambert, rendu le 25 juin 1877 par la Cour de cassation; Dalloz, 1878, I, p. 262 et les références.

L'article 337 est ainsi conçu : « La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage.

« Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. »

Cette disposition nous semble rentrer, sans aucun doute, dans le statut personnel. Elle a pour but de fixer la position que l'enfant naturel, reconnu en de telles circonstances, doit occuper dans la famille.

Il en est de même de l'article 338 portant : « L'enfant naturel ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits d'enfants naturels seront réglés au titre *Des successions.* » Nous reviendrons sur ce sujet en nous occupant des successions ; nous avons déjà dit que les deux statuts réel et personnel doivent s'y combiner.

L'article 339 porte : « Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. »

C'est là une de ces dispositions vagues et générales dont le classement n'est pas facile à faire. Nous croyons qu'il faut y voir, avant tout, une règle de procédure ; c'est la proclamation d'un principe de droit naturel : l'intérêt est la mesure des actions. Deux choses doivent être distinguées en de pareilles dispositions : le principe et les applications qui doivent en être faites. Le principe abstrait et général doit être considéré comme applicable en

tous procès se démenant sur le territoire; mais, quant aux applications qui devront en être faites, il faudra distinguer entre les divers moyens invoqués et rechercher à quel statut chacun d'eux appartient. La compétence internationale se présentera différemment, suivant la nature des questions soulevées, selon qu'il s'agira d'un vice de forme, d'un défaut de capacité ou de défectuosités se rattachant au consentement pris en lui-même, ou quant à la manière dont il s'est produit[1].

II. Nous avons dit que la filiation non légitime se révèle quelquefois, d'une manière indirecte, par des jugements n'ayant pas pour but principal de la constater. Les questions internationales qui s'élèvent à ce sujet, se rattachent, le plus souvent, à l'autorité que doivent avoir en France les jugements intervenus à l'étranger; c'est une matière dont nous ne pouvons pas nous occuper ici.

III. L'article 340 porte que « la recherche de la paternité est interdite, » sauf dans un cas spécial qu'il indique. C'est, bien manifestement, une question de statut personnel qui est résolue par cet article.

C'est, tout particulièrement, au sujet de jugements rendus à l'étranger, qu'il s'élève des difficultés à cet égard, et ces difficultés se rattachent à l'ordre public international; elles ne peuvent être résolues qu'en remontant aux causes qui ont fait admettre la prohibition dont il s'agit.

[1] Voir les nombreux documents cités, sur ces controverses, dans le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 339.

Trois causes peuvent être alléguées : l'incertitude des moyens de preuve auxquels il faut recourir, l'insécurité générale qui peut en résulter, le scandale généralement produit par de tels procès. Les deux premières de ces causes nous semblent être soumises au pouvoir appréciateur de chaque législature. Il lui incombe de peser le pour et le contre de la décision à prendre. Nous en concluons que les effets des lois étrangères statuant en telle matière, doivent être respectés, en principe, comme tout ce qui tient à l'état et à la capacité des personnes. Nous aurions peine à croire qu'une simple dissidence de vues sur un sujet aussi délicat, dût suffire pour soulever un obstacle d'ordre public international ; ce sont des matières sur lesquelles on peut varier sans s'accuser réciproquement d'hérésie ou d'immoralité. Quant au scandale qui peut résulter de telles procédures en France, c'est une considération d'ordre public, tenant à la morale et rentrant, en conséquence, sous les observations que nous avons précédemment présentées à cet égard.

C'est, assez généralement, quand il s'est agi de faire déclarer exécutoires en France des jugements intervenus à l'étranger, ou, tout au moins, d'en faire reconnaître l'autorité [1], que ces questions ont été soulevées ; un tel sujet est étranger à cette partie de notre travail. Par leur tendance générale, la doctrine et la jurisprudence françaises paraissent reconnaître, en ces matières, un

[1] Voir, sur cette différence, la savante dissertation de M. Laurent, *Droit civil international*, t. VI, p. 147 et suivantes.

principe d'ordre public; elles s'efforcent, toutefois, de le restreindre dans ses limites légitimes [1].

L'article 341 s'exprime de la manière suivante : « La recherche de la maternité est admise.

« L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée.

« Il ne sera reçu à faire cette preuve, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. »

L'action dont il s'agit dans cet article est, bien certainement, une dépendance du statut personnel; il faut en dire autant des conditions imposées. Ces conditions apparaissent comme des garanties accordées à la femme poursuivie.

Il n'est pas inutile de faire observer que le commencement de preuve par écrit, dont il est fait mention dans notre article, n'est point exigé par application des principes généraux en matière de preuve (Code civil, article 1347). Cette condition serait exigée, même dans les cas, très fréquents d'ailleurs, où il n'aurait pas été possible de se procurer une preuve littérale (Code civil, article 1348). La règle dont il s'agit se détache ainsi d'une manière plus complète du statut des faits juridiques [2].

[1] Voir spécialement l'arrêt de Civry, rendu par la Cour de Paris le 2 août 1866; Dalloz, 1867, II, p. 41; l'arrêt Etschevest, rendu le 17 janvier 1872 par la Cour de Pau; Dalloz, 1875, II, p. 193; et l'arrêt Antonelli, rendu le 20 janvier 1879 par la Cour de cassation; Dalloz, 1879, I, p. 107. Voir aussi Laurent, *Droit civil international privé*, t. V, p. 543.

[2] Les travaux préparatoires tendent à prouver que c'est dans

Nous devons nous demander, maintenant, si les rapports qui semblent exister entre les articles 341 et 336, doivent faire participer ce dernier à la même nature de statut personnel, ce qui conduit à rechercher si l'enfant pourrait se prévaloir de la déclaration de son père, dans quelque lieu qu'elle soit intervenue. Il nous serait difficile de répondre affirmativement ; nous avons déjà dit que l'article 336 se rattache aux actes de l'état civil qui appartiennent au statut des faits juridiques. L'acte dont il s'agit dans cette disposition, crée une position spéciale. La présomption légale résultant de l'article n'est point assez puissante pour se suffire à elle-même : la femme désignée comme mère n'a pas besoin de la combattre ; mais cette présomption dispense l'enfant des rigueurs de l'article 341, s'il parvient à prouver que la déclaration du père a été autorisée ou confirmée par la femme désignée. La Cour de cassation considère les juges comme appréciateurs souverains des moyens de preuve invoqués. La question d'identité semble se présenter en toute hypothèse ; mais elle sera bien facilitée et disparaîtra, bien souvent, par le recours à l'article 336.

Tels nous semblent être les vrais rapports existant entre nos deux articles : l'un peut se substituer à l'autre, ce n'est pas un motif de les confondre dans un seul et même statut ; chacun peut et doit conserver la nature qui lui est propre. Il faut, croyons-nous, en con-

ce sens exceptionnel que l'article a été adopté ; Locré, *Législation civile*, sous l'article 341.

clure que l'enfant ne pourrait pas invoquer la déclaration du père, quand elle aurait été faite en un pays où l'on ne reconnaîtrait pas une règle semblable à celle de l'article 336.

L'article 342 est la conséquence de l'article 331.

101. — La question de savoir si un étranger peut adopter un Français ou être adopté par lui, doit être étudiée au point de vue de chacune des deux législations qui sont ainsi mises en présence. Il faut que chacune des parties soit juridiquement capable de s'unir à l'autre par un tel rapport.

On doit même ajouter que l'adoption ne paraît pas possible si la combinaison des deux lois doit conduire à des résultats contradictoires. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que la loi personnelle de l'une des parties fût revêtue d'une influence prépondérante. Nous ne trouvons rien dans les textes du Code qui permette d'aller jusque là [1]; encore faudrait-il qu'il y eût accord à cet égard entre les deux lois. Nous renvoyons, d'ailleurs, à ce que nous avons déjà dit au sujet des articles 11 et 13 du Code civil.

De graves difficultés s'élèvent sur la nature des formalités exigées pour l'adoption, tout spécialement en ce qui se rapporte à l'intervention des tribunaux appelés à déclarer s'il y a lieu de donner suite à cet acte (Code civil, articles 356 et 357).

[1] Voir, sur cette question, Laurent, *Droit civil international*, t. VI, p. 78.

On se demande si ces dispositions tiennent à la forme ou au fond ; et, dans cette seconde hypothèse, s'il s'agit d'une sorte de formalité habilitante, ou d'une intervention du pouvoir supérieur conférant l'adoption.

Nous croyons que c'est la forme qui prédomine en cette matière. S'il s'agissait d'une formalité habilitante, les tribunaux auraient à statuer sur la convenance de l'acte et l'avis qu'on leur demande ne porte que sur la possibilité juridique. Il en serait de même s'il s'agissait d'une concession du pouvoir souverain. Une telle concession serait, d'ailleurs, plus naturellement de la compétence de la législature ou du pouvoir administratif.

Cette action des tribunaux se présente comme formalité substantielle devant servir de garantie. Elle se rattache à l'acte même portant adoption. Cette déclaration faite devant le juge de paix constitue l'acte de l'état civil qui doit être inscrit sur les registres (Code civil, article 359). La vieille règle *Locus regit actum* paraît, en conséquence, avoir été conservée. On peut appuyer cet avis sur l'article 47 [1]. Il faut suivre, dans Locré, sous les articles 353 et suivants, les phases diverses par lesquelles la rédaction de ces articles a passé, pour aboutir au système actuel, qui renferme le rôle des tribunaux dans la vérification des faits généraux autorisant l'adoption. Il convient aussi de faire observer que c'est la bonne réputation de l'adoptant, et non sa moralité, qui doit être

[1] Voir, sur ces questions, Laurent, *Droit civil international*, t. VI, p. 70, n° 35.

reconnue; on s'en réfère, à cet égard, au jugement du public et non à celui du magistrat. Celui-ci n'est qu'un vérificateur.

La tutelle officieuse ne saurait nous occuper longtemps. Elle se rattache à l'adoption qu'elle doit faciliter, se complique de tutelle et rentre, à ces divers titres, dans le statut personnel, tout spécialement en ce qui a trait aux questions de capacité qui s'y rencontrent.

CHAPITRE IV.

De l'autorité paternelle et de l'usufruit légal.

102. Principes de la puissance et de l'autorité paternelles. — 103. Administration légale, bases posées par l'article 389 du Code civil et renvoi. — 104. Usufruit légal comparé à l'hypothèque légale. — 105. Droit de correction.

102. — Les liens de subordination qui soumettent l'enfant à l'autorité et à l'action des auteurs de ses jours, sont, bien certainement, une dépendance naturelle des rapports de famille; ils agissent aussi fortement sur la capacité des personnes qui s'y trouvent impliquées.

Il semble qu'on doive, en conséquence, classer dans le statut personnel, l'ensemble de règles qui en dérivent et qui constituent ce qu'on appelle la puissance ou l'autorité paternelle.

Cette institution se présente, cependant, sous des as-

pects assez divers, dont quelques-uns peuvent provoquer le doute, et se compliquer de la circonstance que les parents et les enfants n'appartiennent pas à la même nationalité.

Devant consacrer, plus tard, une étude spéciale à cette dernière hypothèse, nous ne nous occuperons ici que de familles homogènes.

La solution que nous avons énoncée plus haut, semble tout particulièrement justifiée, quand il ne s'agit que de rapports existant entre les personnes. Quelques incertitudes peuvent surgir, quand il s'y joint une action s'exerçant sur les biens, ce qui a lieu dans l'administration légale et dans ce qu'on appelle usufruit légal.

103. — Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.

Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit (Code civil, article 389).

C'est la seule disposition que le Code renferme au sujet de cette manifestation spéciale de la puissance paternelle.

Prise en elle-même, abstraction faite de l'usufruit légal dont nous nous occuperons plus tard, l'administration légale se présente comme une charge et non comme un avantage, si l'on s'arrête au point de vue purement égoïste.

Il est généralement admis, qu'il doit être suppléé au laconisme, par trop grand, du texte cité plus haut, en

recourant aux dispositions plus explicites, réglant la tutelle. On se demande, en particulier, si le droit d'administration confié au père, renferme implicitement ce qu'on appelle actes de disposition, vente, échange, etc. Une réponse affirmative paraissant difficile, on est conduit à rechercher s'il est admissible que la loi ait voulu refuser toute possibilité de procéder à de tels actes qui peuvent, dans certains cas, être convenables ou même nécessaires, dans l'intérêt du mineur, s'il n'est pas naturel de penser que le père doit être considéré comme revêtu des mêmes pouvoirs que le tuteur, en recourant aux mêmes formalités habilitantes, pour satisfaire aux mêmes exigences.

Il y a là toute une doctrine, dans les détails et dans les controverses de laquelle nous ne pouvons pas entrer, parce que ce sujet appartient principalement au droit interne. Nous dirons seulement que ces deux institutions se combinent plus ou moins nécessairement, et qu'elles rentrent l'une et l'autre dans le statut personnel. Nous y reviendrons plus tard, sous la rubrique de la tutelle, où nous pourrons pénétrer plus avant dans l'étude des détails.

104. — La jouissance légale dont il est question dans les articles 384 et suivants du Code civil, a soulevé de bien nombreuses controverses, quant à la nature dont elle est revêtue et quant à la place qu'elle doit occuper dans notre doctrine.

Tous les systèmes possibles semblent avoir été présentés en ce qui la concerne. Cette matière a été classée

dans l'un ou dans l'autre des deux statuts principaux; on en a fait une sorte de statut mixte, dans lequel doivent se réaliser et se combiner les conditions exigées par chacune des deux lois mises en présence, quand ce droit doit s'exercer par un étranger; on a même prétendu placer cette doctrine en dehors de la distinction des statuts, parce qu'elle n'a pour objet ni de déterminer l'état et la capacité des personnes, ni de régler la condition juridique des biens [1].

Il s'agit, en effet, d'un sujet fort difficile qui doit être soumis à la plus scrupuleuse analyse. Nous avons eu, croyons-nous, le tort d'identifier, trop complètement, dans notre précédente publication, l'usufruit légal et l'hypothèque légale, ce qui nous a conduit à nous déclarer pour la réalité de ces deux droits. Un nouvel examen nous a fait reconnaître, entre eux, des différences assez considérables, pour qu'il soit convenable de ne pas confondre ces deux sujets, tout en les rapprochant l'un de l'autre pour en mieux saisir les caractères distinctifs. Nous commencerons par les articles 384 et suivants.

Les problèmes qui s'y rapportent peuvent se ramener à deux chefs généraux: 1° Que faut-il décider au sujet de

[1] Voir spécialement Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. I, p. 85; Fœlix et Demangeat, t. I, p. 150, et le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 3, n° 12. On cite, dans le sens du statut personnel, un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1877; Dalloz, 1877, I, p. 385, arrêt Ben Chimal; mais nous verrons que cet arrêt semble se rapporter aux questions transitoires plus encore qu'à notre doctrine.

cette jouissance, quand il s'agit de Français et de biens situés soit en France, soit à l'étranger? 2° Quelles règles faudra-t-il suivre, quand il s'agira d'étrangers réclamant l'exercice de ce droit sur le territoire français?

I. Quant aux Français, les deux hypothèses prévues ci-dessus doivent être soigneusement distinguées :

S'il s'agit de biens régis par la loi française, il ne pourra pas s'élever de difficultés internationales: à quel statut qu'on s'arrête, le droit interne sera seul applicable.

S'il s'agit de biens régis par une loi étrangère, la solution dépendra du statut qui sera considéré comme applicable. Si c'est le statut réel, le droit ne pourra s'exercer, en vertu de la loi française, que sur les biens régis par celle-ci. La loi étrangère pourra concéder une telle jouissance, sur les biens qui lui sont soumis, si ce sujet est considéré par elle comme faisant partie du statut réel. C'est une solution que nous ne mentionnons que dubitativement, parce qu'elle dépend d'un droit étranger dont les textes et les principes nous sont inconnus. Si c'est le statut personnel, le § 3 de l'article 3 du Code civil, devra ressortir ses effets quant au droit français; mais, qu'en sera-t-il au sujet des biens régis par un droit étranger?

Si ce droit étranger reconnaît la force expansive du statut personnel français, et si la jouissance dont il s'agit s'exerce effectivement, il n'y aura plus rien à faire à cet égard. S'il en est autrement, des compensations pourront être accordées, sur les biens soumis au droit français, pour ce défaut de jouissance; c'est, tout au moins, ce qui nous semble résulter de l'article 3 précité.

II. Quant à l'étranger qui prétendrait exercer cette jouissance sur des biens régis par la loi française, nous ne pourrions revenir, ici, sur les difficultés soulevées par l'article 11 du Code civil. Nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit au sujet de cette disposition ; nous supposons que l'application doit en être considérée comme écartée, par un motif ou par un autre, et nous abordons directement la question soulevée par notre sujet actuel. Nous croyons que des distinctions doivent y être faites, soit quant à la loi française, soit quant au droit étranger.

Si ce sujet est considéré en France comme faisant partie du statut réel, le droit territorial doit s'appliquer aux étrangers quelle que soit, d'ailleurs, leur loi nationale. Le § 2 de l'article 3 du Code civil paraît ne laisser aucun doute à cet égard, s'il s'agit d'immeubles. Quant aux valeurs mobilières, elles seraient considérées comme régies, en principe, par la loi du domicile de l'enfant, dont le patrimoine est grevé de cette charge. Nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous avons dit plus haut sur cette question [1] ; mais, qu'en sera-t-il si le sujet est considéré comme rentrant dans le statut personnel ?

Nous croyons qu'il faut distinguer : si la loi nationale de l'étranger s'arrête au statut réel, les effets ne sauraient en être prolongés sur le territoire français ; il en serait autrement si le statut personnel était admis comme base du droit étranger, l'extension devrait s'en faire, dans une certaine mesure, de la manière suivante.

[1] Page 117, n° 48.

Il faut encore distinguer : si c'est le statut réel qui prédomine en France, c'est la loi française qui régira l'étranger (Code civil, article 3, § 2); dans l'hypothèse contraire, c'est la loi étrangère qui devra prolonger ses effets (Code civil, article 3, § 3, et travaux préparatoires).

Maintenant que nous avons vu combien il importe de savoir lequel des deux principaux statuts prédomine dans le droit français, il nous faut aborder cette question d'une manière directe.

Par la place qu'il occupe dans le Code, et par les points d'attache qui l'unissent à l'ensemble de la doctrine générale, le droit que nous étudions semble rentrer dans le statut personnel.

Nous le trouvons compris dans le livre premier du Code, spécialement consacré aux personnes, et non dans le livre second, traitant des biens et des droits réels. C'est sous la rubrique de la puissance paternelle qu'il a été classé. C'est dans cette puissance qu'il a ses origines et sa base. Les restrictions et les déchéances auxquelles il est soumis, sont étroitement liées au droit de famille. L'ensemble des règles s'y rapportant le rattache à cette institution. Tout cela ne doit-il pas le faire rentrer dans le statut personnel ?

Les motifs de douter ne font cependant pas défaut : ne s'agit-il pas de droits s'exerçant sur des biens? Ces droits ne sont-ils pas qualifiés d'usufruit et ne sont-ils pas revêtus, par cela même, du caractère de droits réels? Ne sont-ils pas l'œuvre unique et directe de la loi ; cela

ne les fait-il pas rentrer, textuellement, sous l'application du § 2 de l'article 3 du Code civil?

Il est certainement permis d'hésiter entre ces deux séries d'arguments. Nous nous sommes précédemment prononcé dans le sens de la réalité du statut et nous croyons avoir donné trop d'importance à une terminologie discutable et à une sorte d'identification entre ce droit et l'hypothèque légale.

Est-il bien certain qu'il s'agisse, ici, d'un véritable usufruit soumis aux règles qui régissent ordinairement les droits réels?

Les textes laissent, tout au moins, beaucoup de doutes à cet égard. La terminologie manifestement consacrée dans les quatre articles se rapportant directement à ce sujet, se sert du mot *jouissance*. L'art. 385 débute de la manière suivante: « Les charges de cette jouissance seront: 1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers; 2° la nourriture, etc. » Cette assimilation partielle et textuelle faite entre les deux droits, semble les tenir distincts plutôt que les identifier. Cette disposition eût été plus ou moins superflue s'il se fût agi d'un véritable usufruit. Il est vrai que les art. 730 et 389 désignent la jouissance légale sous le nom d'usufruit. Ce mot pourrait-il suffire pour établir une assimilation complète entre les deux droits?

Prise en elle-même, la terminologie ne saurait avoir une importance absolue, c'est au fond du droit qu'il faudrait s'arrêter; il importe donc de rechercher si la jouissance dont il s'agit doit être considérée comme consti-

tuant un véritable usufruit, un droit réel dans le sens technique du mot.

Nous ne discuterons pas la question de savoir si la jouissance légale est opposable aux tiers ; nous croyons devoir la résoudre dans un sens affirmatif; mais, bien que cette opposabilité soit un des caractères des droits réels, la solution que nous croyons devoir admettre n'a pas d'importance pour la question dont il s'agit. Tous les droits résultant du statut personnel et, tout spécialement, ceux qui dérivent de la puissance paternelle sont, en principe, opposables aux tiers. Il n'y a, par conséquent, pas là un motif d'identifier cette jouissance avec les droits réels proprement dits, puisqu'une telle opposabilité peut lui venir de la nature même du statut personnel, et de la puissance paternelle dont elle est un des attributs.

Les charges et les restrictions qui lui sont imposées en font, dans tous les cas, un droit d'une nature spéciale, qu'il n'est pas possible d'identifier avec l'usufruit ordinaire : elle ne peut être aliénée par son titulaire, ni saisie et vendue à la requête des créanciers de celui-ci.

On ne peut pas dire que le droit correspondant à cette jouissance soit sorti du patrimoine de l'enfant, puisque les biens qui en sont grevés restent affectés à son entretien (Code civil, article 385).

Quant à la circonstance que ce droit s'exerce sur des biens, nous ne pensons pas qu'elle ait une bien grande importance. Nous avons déjà dit que les statuts agissent et réagissent, plus ou moins, les uns sur les autres et que

l'essentiel est de rechercher lequel semble prédominer, ou quelle part doit être faite à chacun d'eux. Les rapports de famille rentrent bien dans le statut personnel et n'en exercent pas moins une influence considérable sur le droit de succession héréditaire, bien que les bases de celui-ci soient dans la dépendance du statut réel.

Tout en nous réservant d'apprécier, définitivement, la nature de l'hypothèque légale, sous la rubrique spéciale qui lui sera consacrée, nous tenons à signaler, dès à présent, les principales différences qui la distinguent de la jouissance légale.

L'usufruit, dans le sens ordinaire du mot, est un droit indépendant, se suffisant à lui-même. L'hypothèque est un droit accessoire servant de garantie à une créance. Prise en elle-même, l'hypothèque légale constitue, bien certainement, un droit réel dans le sens ordinaire et technique de ces mots. Elle se distingue nettement, comme telle, de la créance dont elle doit garantir l'exécution et dont elle est l'accessoire. Elle a été soigneusement réglementée comme garantie légalement accordée à certaines créances; toute une doctrine se rapporte à ce sujet, et la volonté du législateur de la faire respecter comme telle, pourrait difficilement être mise en doute.

Ajoutons que l'hypothèque légale repose sur un principe généralement adopté par le droit naturel, la convenance de couvrir les incapables d'une protection spéciale, tandis que l'usufruit légal est assez diversement expliqué.

105. — Le droit de correction réglementé par les articles 375 et suivants du Code civil, dérive bien encore

de l'autorité paternelle et du statut personnel; mais ce statut s'y présente profondément empreint d'ordre public; on voit s'y produire une sorte de mélange du droit civil et du droit pénal, ce qui revêt cette institution d'une nature spéciale. Il peut difficilement s'agir, en une telle matière, d'une expansion extraterritoriale dans un sens aussi complet que celui du § 3 de l'article 3 : Le Français ne pourra pas obtenir, à l'étranger, l'application pure et simple de sa loi nationale. Il en sera de même de l'étranger séjournant en France. Mais, nous croyons que ces articles 375 et suivants doivent se combiner avec le § 1er de l'article 3 cité plus haut. L'application semble devoir s'en faire aux étrangers, quelle que soit, d'ailleurs, leur loi nationale.

Cette juridiction familiale doit être considérée comme bonne en soi, dans l'esprit de la loi qui l'a créée, et comme pouvant suppléer avantageusement à la pénalité ordinaire.

Le statut personnel se trouve, ici, profondément empreint d'ordre public et de droit pénal. De puissants obstacles s'opposent à ce qu'il reste sous la stricte application des règles qui le régissent dans les circonstances ordinaires. Il ne conserve que de faibles rudiments de sa nature originaire : c'est un pouvoir spécial qui a son point d'appui dans les liens et dans l'organisation de la famille [1].

[1] Voir, dans un sens plus ou moins analogue, Demolombe, t. VI, nº 357.

CHAPITRE V.

De la minorité, de la tutelle, de l'administration légale et de l'émancipation.

106. Majorité et minorité. — 107. Nature mixte des institutions destinées à protéger les mineurs. Lutte entre les deux éléments. — 108. Diversité nationale au foyer domestique. — 109. Emancipation. — 110. Conflits possibles entre statuts divers.

106. — Les idées de majorité et de minorité, définies par les articles 488 et 388 du Code civil, se complètent et se limitent réciproquement.

Est qualifiée majeure, la personne que son âge fait supposer capable, en fait, d'exercer elle-même ses propres droits. Celle qui n'a pas encore atteint cet âge est considérée comme mineure et privée, par cela même, de la capacité juridique reconnue à la première.

Ces questions de capacités rentrent, bien certainement, dans le statut personnel. Elles sont, en conséquence, soumises au § 3 de l'article 3 du Code civil. Nous avons déjà vu qu'il est sans importance, à cet égard, qu'il s'agisse de la capacité générale de la personne, ou de telle ou telle capacité spéciale.

107. — L'Etat doit veiller à ce que les personnes incapables, et tout spécialement celles qui sont encore en âge de minorité, reçoivent la protection qui leur est né-

cessaire. La tutelle et l'administration légale par lesquelles il y est généralement pourvu, semblent, en conséquence, devoir être considérées comme offices publics.

Mais, dans le sein de l'Etat, et sous sa direction suprême, se trouve une autre institution qui semble, tout particulièrement, appelée à cette mission sociale : la famille est le milieu dans lequel les générations naissent et se succèdent les unes aux autres. C'est là que se trouvent les sentiments, les intérêts, les connaissances et les moyens les plus propres à satisfaire, de la manière la plus convenable, à de telles exigences. Il y a plus : la famille n'est pas seulement un instrument utile, on y trouve tout un ensemble de devoirs et de droits qui, pris en eux-mêmes, ne sauraient être méconnus.

Nous croyons pouvoir conclure de ce qui précède que c'est par la famille que l'Etat doit satisfaire à l'obligation qui lui incombe de veiller à la protection des mineurs. Telle est, dans tous les cas, la combinaison consacrée par le droit positif français, soit en ce qui a trait à l'administration légale confiée au père durant le mariage, soit en ce qui concerne l'organisation plus compliquée et moins intime de la tutelle.

La famille, comme tout ce qui tient à l'ordre social, se trouve, bien certainement, placée sous le patronage de l'Etat ; mais, par sa nature intime, elle ne saurait se confondre avec lui ; c'est au droit civil qu'elle appartient, et le soin d'élever les générations futures peut être considéré comme sa mission principale.

Cette double intervention de l'Etat et de la famille,

dans la fonction sociale dont il s'agit, impose à celle-ci une sorte de nature mixte. Cela devait amener une lutte entre les deux éléments de droit public et de droit privé qui s'y trouvent réunis.

On devait se demander si un étranger peut participer à la tutelle d'un Français. Nous verrons plus tard que la question se présente également quant à l'administration légale du père, bien qu'en termes quelque peu différents; commençons par la tutelle.

C'est, comme nous l'avons déjà vu, dans la famille du mineur, que la loi prend les principaux agents de la tutelle. Elle tient même à ce que, dans ces fonctions qui lui sont attribuées, la famille soit représentée, d'une manière égale, autant que possible, par l'une et l'autre des deux branches dont elle se compose (Code civil, articles 423, 407 et suivants).

Si le mineur de la tutelle duquel il s'agit, est né du mariage intervenu entre un Français et une étrangère, l'une de ces deux branches de la famille sera généralement étrangère. Rien n'indique suffisamment qu'elle soit exclue de la tutelle, par le seul fait de sa nationalité. C'est par des intérêts, des droits et des devoirs de famille qu'elle est appelée, l'intérêt du pupille réclame qu'il en soit ainsi. Or, la famille est une institution qui, suivant le courant des idées actuelles, dérive du droit naturel; ce droit semble, d'ailleurs, reconnu textuellement, soit par les articles 12 et 19, supposant le mariage entre Français et étrangers, soit indirectement par l'organisation générale de la tutelle.

Il y a donc là des droits et des devoirs qui semblent bien solidement établis; seront-ils mis à néant par l'intervention du droit public dans l'institution dont il s'agit?

Une doctrine, qui semblait généralement adoptée, l'a prétendu; mais, nous la croyons définitivement battue en brèche par l'arrêt Du Breignon, du 16 février 1875 [1].

Cet arrêt a d'autant plus d'importance que la question s'y compliquait des articles 11 et 13 du Code civil. Voici, d'ailleurs, comment il est motivé :

« Sur le moyen tiré de la prétendue violation des articles 11 et 13, en ce que l'arrêt attaqué a jugé qu'un étranger peut exercer, en France, les fonctions de subrogé-tuteur de mineurs français : Attendu que la tutelle et la subrogée-tutelle déférées aux ascendants dérivent, comme la puissance paternelle, du droit naturel de protection et de surveillance qui leur appartient sur leurs enfants et descendants. Qu'on ne trouve dans nos lois aucune disposition qui exclue de ces charges de famille, les père et mère ou autres ascendants étrangers. Que cette exclusion serait contraire aux intérêts des mineurs, pour la défense desquels la tutelle et la subrogée-tutelle sont constituées. Qu'elle porterait, d'ailleurs, atteinte au principe d'autorité qui sert de base à la famille, etc. »

108. — Ce n'est pas seulement entre les deux branches d'une même famille que la diversité nationale peut

[1] Voir cet arrêt dans Dalloz, 1876, I, p. 49 et la note très détaillée.

se produire, elle pénètre quelquefois jusque dans la partie la plus intime du foyer domestique.

Les époux n'ont pas toujours la même patrie, circonstance dont nous nous sommes déjà occupé, et sur laquelle nous ne reviendrons pas. La mère devenue veuve peut récupérer la nationalité que le mariage lui a fait perdre, et devenir une étrangère pour ses enfants qui conservent la patrie de leur père. Le père et les enfants mineurs peuvent être séparés par la naturalisation que le premier recherche et obtient en pays étranger. On se demande, alors, quelle sera la loi régulatrice de la tutelle, ou de la puissance paternelle. Faudra-t-il s'arrêter, de préférence, à la loi personnelle des parents, ou à celle des enfants.

On peut être tenté de résoudre ce problème, en recherchant de quel côté se trouve le droit ou le devoir se rattachant à ces fonctions, et en faisant prédominer le droit sur le devoir. Si l'on pouvait s'engager dans cette voie sans arrière-pensée, la question devrait, croyons-nous, être résolue dans le sens d'une prépondérance de la loi du pupille : c'est un sujet sur lequel nous ne tarderons pas à revenir, avec plus de détails que nous ne pourrions le faire ici.

Il faut bien le reconnaître, toutefois : ces mots *droit*, *office* ou *charge*, se trouvent dominés, dans la famille, par un sentiment supérieur, qui peut transformer en droit, même les charges les plus onéreuses. Le plus respectable des droits est, bien certainement, celui de faire son devoir. Ce principe est tout particulièrement vrai,

quand il s'agit des rapports sociaux qui nous occupent dans ce moment ; le devoir s'y trouve corroboré par un vif sentiment d'affection qui veut être satisfait. Mais la question peut être abordée par des considérations plus intimes et plus directes ; il faut se demander laquelle des personnes se trouvant en présence, apparaît le plus clairement comme le centre et la base de l'institution dont il s'agit : est-ce pour les protecteurs ou pour les protégés que ces institutions existent ?

La tutelle française se présente comme un organisme compliqué, dans lequel le tuteur ne joue qu'un rôle subordonné. Des agents divers y fonctionnent, bien certainement, dans le but de sauvegarder au mieux les intérêts du pupille. Pris dans son ensemble, cet organisme ne se confond pas avec le tuteur ; il le domine, bien au contraire, dans ses actes les plus importants ; il y déploie une activité qui lui appartient en propre et qu'il tient directement de la loi. La doctrine et la jurisprudence lui attribuent même un domicile distinct de celui du tuteur [1].

Il semble qu'il soit impossible, en présence d'une telle organisation, de mettre en doute la question de savoir si c'est pour le pupille ou pour le tuteur que la tutelle existe. Quelle peut être sa raison d'être, si ce n'est de suppléer aux incapacités du premier ? N'est-ce pas la personnalité de celui-ci qu'il s'agit de protéger et de complé-

[1] Voir sur cette question Demolombe, *Cours de droit civil*, t. VII, nos 235 et suivants.

ter en quelque sorte? N'y a-t-il pas là une représentation du pupille conférée par la loi? Cette loi peut-elle être autre que celle du statut personnel de la personne représentée? Le problème ne se réduit-il pas à une question de compétence? Le § 3 de l'article 3 du Code civil ne porte-t-il pas : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger? » Nous le demandons : la tutelle concerne-t-elle l'état du tuteur ou celui du pupille?

Nous croyons pouvoir conclure de ce qui précède, que s'il s'élève un conflit, en ce qui concerne la tutelle, entre la loi personnelle de celui qui se prétend tuteur, et celle du pupille, c'est à cette dernière qu'il faut s'arrêter de préférence.

Il peut sembler ne pas en être de même au sujet de la puissance paternelle et de l'administration légale qui en est une dépendance. Ce mot *puissance* n'indiquerait-il pas un droit plutôt qu'une charge? Le vieux droit romain ne se trouverait-il pas à la base d'une telle terminologie? Ce pouvoir ne paraît-il pas, d'ailleurs, se concentrer en mains du père, plus complètement que la tutelle ne le fait en celles du tuteur?

Il est certain que le père administrateur légal se trouve, moins constamment que le tuteur, en présence de l'organisme qui domine celui-ci; mais, il ne s'en présente pas moins entre les deux institutions des analogies plus ou moins nécessaires. Ce n'est pas seulement un même but à poursuivre; on se demande si les moyens à employer ne doivent pas être, dans certains cas, les mêmes, s'il

ne faut pas suppléer au laconisme de l'article 389, en recourant aux dispositions plus explicites de la tutelle. Il faut aller plus loin : il faut dire que, dût-on considérer ces deux institutions comme complètement distinctes l'une de l'autre, il n'y aurait pas là des motifs suffisants pour en conclure que c'est dans l'intérêt du père, et pour le père, que la puissance paternelle existe. Ni les textes du Code, ni les travaux préparatoires, ni les antécédents, ni la nature des choses, ne sauraient justifier une telle solution.

Prise dans ses dispositions générales, la puissance paternelle cesse à la majorité, et le mineur est émancipé par le mariage. Cela caractérise ce pouvoir comme moyen de protection ; c'est en vue de l'incapable, et dans son intérêt, que cette autorité s'exerce ; c'est au statut personnel du mineur qu'il faut en emprunter les règles. C'est en vue de son état, pour suppléer aux incapacités naturelles de sa personne, que l'administration légale existe.

L'usufruit légal a seul l'apparence d'un droit égoïste et peut paraître réclamer l'application d'une règle différente ; mais, il serait bien difficile de scinder la position faite au père ; il ne faut voir dans ce léger avantage qu'une compensation de charges qui, presque toujours, la dépassent de beaucoup en importance. Cette jouissance tend, d'ailleurs, à diminuer les chances de contestations où la dignité du père risquerait d'être plus ou moins compromise.

Les travaux préparatoires et les antécédents prouvent que ce sont les idées et les sentiments du droit coutu-

mier, qui l'ont emporté sur la doctrine romaine. « Cette puissance, dit Locré, en résumant les premiers, est un pouvoir de protection destiné à régir les enfants, tant que la protection leur est nécessaire, et un moyen donné au père de remplir ce devoir. Il était indispensable de lui rendre sa force que, durant le délire révolutionnaire, le bouleversement de toute idée de subordination lui avait fait perdre [1]. »

Il semble qu'il faille conclure de ce qui précède, que la puissance paternelle et la tutelle doivent être régies par la loi personnelle de l'incapable.

La Cour de cassation a, toutefois, jugé dans un sens contraire, en matière de tutelle légale, dans l'arrêt Ghezzi du 13 janvier 1873 [2], portant qu'une Française qui a épousé un étranger, et recouvré sa nationalité par la mort de son mari, doit être considérée comme tutrice légale de l'enfant issu de cette union, bien que la tutelle réclamée par elle ne soit pas reconnue par la loi personnelle de l'enfant. Deux motifs sont particulièrement invoqués à l'appui de cette décision: « 1° Les principes de la souveraineté s'opposent à ce que la loi nationale de l'enfant puisse prévaloir en France, contre la loi française, au préjudice des droits et des intérêts français, dont les tribunaux doivent, avant tout, assurer la conser-

[1] Voir Locré, *Législation civile*, etc., sous l'article 372.

[2] Voir Dalloz, 1873, p. 297. Voir aussi les critiques faites de cet arrêt, par Fiore, *Droit international privé*, traduction Pradier-Fodéré, p. 660, et par Laurent, *Droit civil international*, t. VI, p. 85.

vation ; 2° l'arrêt attaqué, en reconnaissant de tels droits à la veuve, n'a contrevenu ni à une loi française ni à une loi étrangère, dont l'observation fût ordonnée en France, par la loi française. » Nous lisons dans les conclusions du ministère public cet argument caractéristique : « Est-il bien vrai que la question litigieuse intéresse l'état et la capacité de la mineure ? Il s'agit de savoir, quels que soient l'état et la capacité de la mineure, si, fille d'une femme française, habitant en France avec sa mère, elle est ou n'est pas sous la tutelle légale de sa mère. »

Malgré la grande autorité que nous accordons, généralement, aux arrêts de la Cour de cassation française, nous devons dire que tout nous paraît douteux et contestable dans cette décision, qui nous semble, d'ailleurs, un arrêt d'espèce : la question principale a été écartée par des fins de non-recevoir, plutôt que directement abordée. Il faut ajouter que bien des objections s'élèvent contre les décisions servant de bases aux dispositions de cet arrêt : 1° La veuve avait-elle récupéré la nationalité française par une simple résidence en France ; 2° est-il bien vrai qu'en gardant le silence sur le statut personnel des étrangers, les rédacteurs du Code ont voulu faire prédominer l'intérêt français sur l'intérêt étranger ; 3° peut-on dire que la désignation d'une tutrice légale et la désignation indirecte, tout au moins, de la loi qui doit régir la tutelle soient sans intérêt pour le statut personnel de l'enfant ? L'application d'une loi française dans des circonstances où elle est incompétente, ne doit-elle pas

apparaître comme une violation de cette loi? Y avait-il une fin de non-recevoir à opposer de ce chef?

Nous avons déjà cité, sous la rubrique de *l'usufruit légal,* un arrêt rendu le 14 mars 1877, par la Cour de cassation, dans une cause Ben-Chimol [1]. Cet arrêt admet que l'usufruit légal doit être régi par le statut personnel; mais, tranchant un conflit qui s'était élevé entre l'intérêt des enfants et celui de la mère, il se prononce dans le sens favorable à ce dernier, solution contraire à celle que nous avons indiquée plus haut comme devant prévaloir. C'est encore un arrêt d'espèce, intervenu dans des circonstances très spéciales.

La difficulté se compliquait d'une question transitoire assez délicate. Les faits sur lesquels il a été prononcé sont clairement énoncés, en ces termes, dans l'arrêt qui s'exprime de la manière suivante:

« Attendu que la veuve Cohen-Scali, étant israélite algérienne, lors de l'ouverture de la succession de son premier mari, en 1863, était alors soumise uniquement aux dispositions de la loi mosaïque, et que, depuis le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, qui a reconnu aux israélites indigènes de l'Algérie la qualité de Français, elle a continué d'être soumise à cette même loi mosaïque pour les questions relatives à son état et à sa capacité, et, spécialement, pour les questions relatives à la puissance paternelle qui rentrent spécialement dans le statut personnel. Mais, attendu que la veuve Cohen-Scali ayant été

[1] Dalloz, 1877, I, p. 385.

naturalisée Française par décret du 19 juin 1869, rendu par application du sénatus-consulte, elle a été fondée à se prévaloir des dispositions de la loi française relatives au statut personnel ; qu'elle a été par là même investie de la puissance paternelle sur ses enfants mineurs, et, par suite, de la jouissance légale qui en est un des attributs. Qu'il n'importe que la situation des enfants mineurs soit restée sous l'empire de la loi israélite jusqu'au décret du 24 octobre 1870 qui leur a conféré, par mesure générale, la pleine naturalisation française, etc. » La Cour en conclut que l'usufruit de la mère devait dater du jour de sa propre naturalisation. On peut se demander s'il n'eût pas été plus correct de ne remonter qu'au 24 octobre 1870. Mais, il ne faut pas perdre de vue qu'il ne s'agit pas d'une question internationale : la mère et les enfants étaient français depuis le sénatus-consulte de 1865, ils étaient seulement restés sous l'empire de la loi mosaïque au sujet de leur statut personnel. L'article 2 porte : « L'indigène israélite est Français, néanmoins il continue à être régi par son statut personnel. » Si la puissance paternelle est une charge dont l'usufruit légal est le correspectif, il était difficile d'imposer l'une sans accorder l'autre.

Nous croyons que cet arrêt s'explique, quand on tient compte des circonstances qui ont dû y être prises en considération. La mère et les enfants étaient français ; de par la loi française, les enfants étaient restés soumis au statut personnel israélite. La mère, revêtue la première de la pleine nationalité française, était devenue capable d'exercer la puissance paternelle française ; n'était-il pas na-

turel de la considérer comme en ayant été investie de plein droit par sa seule naturalisation complète ? Encore une fois, il s'agissait d'une question de droit transitoire, plus que d'une question de droit international : on ne pouvait pas parler d'une nationalité juive au sujet des enfants. On s'arrête généralement, dans ces cas, à la solution qui paraît la plus favorable, la pleine naturalisation devait sembler telle.

Nous avons vu que, suivant la doctrine qui semble prédominer en France, l'expatriation du père ne produit pas celle des enfants mineurs qu'il avait à cette époque.

Cette scission de nationalité peut se produire suivant deux hypothèses différentes : la nationalité française est perdue pour le père et conservée pour les enfants; le père devient Français et les enfants restent étrangers. Chacune de ces hypothèses a des effets différents, suivant que les deux Etats ainsi mis en présence adoptent ou n'adoptent pas également les principes consacrés en France sur la possibilité d'une nationalité diverse se produisant au foyer domestique.

La première de ces combinaisons est celle où la position respective des parties intéressées se présente le plus nettement : c'est dans un esprit de conservation qu'on laisse aux enfants leur nationalité originaire ; il en résulte que, soit l'autorité paternelle, soit l'organisation tutélaire, continuent à les régir, autant que possible, suivant les règles adoptées dans leur patrie. C'est bien là ce qui se présente comme principe et comme base des déci-

sions à prendre ; mais la mise en pratique sera-t-elle toujours d'une réalisation facile en pays étranger ?

La position se complique si le chef de famille français se fait naturaliser, avec sa femme et ses enfants, dans un pays où l'on admet le principe de l'indivisibilité nationale du foyer domestique; femme et enfants seront considérés, dans leur nouvelle patrie, comme soumis au régime de celle-ci ; mais, ils seront restés Français en France. Ils se trouveront ainsi revêtus de deux patries, dont les lois peuvent se trouver très différentes. Il y aura deux autorités maritales, deux puissances paternelles et deux tutelles. De tels conflits se sont, tout particulièrement, élevés entre la France et la Suisse. Les arrêts intervenus en France à l'occasion de ces difficultés, nous ont paru bien rigoureux et nous en avons fait la critique, dans notre précédente publication.

N'était-ce pas aller bien loin que de refuser le droit de faire un choix entre les deux patries ? Voici les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 août 1874 [1] : « Attendu que si l'article 17 du Code civil dispose que la qualité de Français se perd: 1° par la nationalisation acquise en pays étranger ; 2° par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour ; cette disposition ne peut recevoir d'application qu'au Français qui, libre de tout engagement envers sa patrie, a acquis la capacité légale de renoncer à sa nationalité

[1] Voir *Nouveau traité de droit international*, p. 199. Voir aussi le *Nouveau Code Sirey*, sous l'article 17, n° 25.

pour acquérir une nationalité étrangère. Attendu, dès lors, que E. T. C., régulièrement inscrit, en qualité de citoyen français, sur la liste du contingent militaire, n'a pu valablement renoncer à ladite qualité en déclarant, le 4 mai 1869, devant le Conseil d'Etat du canton de Genève, vouloir bénéficier de la nationalité genevoise à lui implicitement accordée, aux termes de la loi de Genève, par les lettres de naturalisation délivrées à son père. »

Un pareil état de choses ne doit-il pas éveiller, au plus haut degré, la sollicitude de la diplomatie ? Aussi longtemps qu'une telle réglementation n'a pas lieu, il serait difficile de prévoir et de résoudre d'avance les nombreuses questions pouvant naître de tels conflits.

On se demande si ces difficultés ont été suffisamment prises en considération dans le traité franco-suisse, du 23 juillet 1879, que nous avons mentionné plus haut (p. 228) et qui a fort heureusement mis fin aux pénibles conflits que nous venons de rappeler. L'article 1er de cet acte est ainsi conçu : « Les individus dont les parents, Français d'origine, se font naturaliser Suisses et qui sont mineurs au moment de cette naturalisation, auront le droit de choisir, dans le cours de leur vingt-deuxième année, entre les deux nationalités française et suisse. Ils seront considérés comme Français, jusqu'au moment où ils auront opté pour la nationalité suisse. » L'article 3 ajoute « qu'ils ne seront pas astreints au service militaire en France avant d'avoir accompli leur vingt-deuxième année. »

Cette disposition doit se combiner avec l'article 10 du

traité franco-suisse du 15 juin 1869, aux termes duquel la tutelle des mineurs et interdits français, résidant en Suisse, sera réglée par la loi française. Nous reviendrons, plus tard, sous la rubrique de la tutelle, sur ce dernier article, pour en déterminer, autant que possible, le champ d'application. Il semble résulter de ce qui précède, qu'en principe, dans l'hypothèse spéciale de l'acte du 23 juillet 1879, c'est la nationalité de l'enfant qui doit l'emporter sur celle du père.

109. — L'émancipation consiste à dégager le mineur d'une partie des incapacités dont il était législativement atteint, en considération de son âge. Elle modifie, bien certainement, sa capacité; elle lui confère, en quelque sorte, un état intermédiaire entre la minorité et la majorité; c'est dans le statut personnel qu'il faut la classer à ces divers titres.

Deux causes peuvent la produire, le mariage d'où elle résulte de plein droit, ou une déclaration faite, suivant les circonstances, par le père, par la mère ou par le conseil de famille (Code civil, articles 476 et suivants, articles 2 et 3 du Code de commerce).

C'est à la loi personnelle du mari qu'il faut recourir comme devant régir l'émancipation résultant du mariage. Cette règle est la conséquence de ce que la femme revêt la nationalité du mari et de ce que l'autorité de celui-ci doit se combiner avec les capacités conférées à la femme.

L'émancipation se faisant à l'étranger peut soulever quelque doute au sujet des formes à suivre. Nous ne

croyons pas qu'il y ait lieu de renoncer, dans ces cas, à l'application de la vieille règle *Locus regit actum*, ce qui aurait pour conséquence de s'opposer à ce que l'émancipation des Français puisse s'opérer hors de France.

On se demande, toutefois, en quelle qualité le juge de paix procède en matière d'émancipation. S'il agissait en qualité de magistrat prenant une décision comme représentant l'autorité supérieure, il faudrait se demander s'il serait possible de trouver, à l'étranger, une magistrature analogue ayant droit de procéder compétemment quand il s'agirait de Français.

La question se présente sous deux aspects différents, selon qu'il s'agit de l'article 477 ou de l'article 478. Dans le premier cas, le juge de paix n'agit, bien certainement, qu'en qualité d'officier ministériel, ne faisant autre chose que de recevoir et de constater une déclaration; dans le second, c'est comme membre et président du Conseil de famille. Ceci nous conduit à dire que l'émancipation qui doit être prononcée par le conseil de famille, ne peut avoir lieu qu'en France. Nous nous figurerions bien difficilement un conseil de famille français réuni à l'étranger. Cela ne pourrait se faire qu'au moyen de dispositions expresses diplomatiquement consacrées.

Nous ne craignons pas de le dire : l'organisation de la tutelle de mineurs français, dont les parents sont établis à l'étranger, nous paraît un des sujets les plus importants et les plus difficiles. Nous avons l'impression qu'il n'y a été pourvu que bien imparfaitement par ce qu'on appelle conventions consulaires. Quelques mesures provisoires

ne sauraient suffire. On ne peut s'empêcher de se demander si, sur ce sujet spécial, la loi du domicile ne devrait pas être prise comme base de compétence plutôt que celle de la patrie, ou s'il ne faudrait pas, tout au moins, s'efforcer d'obtenir que le conseil de famille pût se réunir au lieu du domicile de ses principaux membres. Mais c'est un sujet qui est étranger à cette partie de notre travail : il appartient à la théorie purement spéculative, et c'est de droit positif qu'il s'agit dans ce moment.

110. — Les divers sujets dont nous venons de nous occuper appartiennent, bien certainement, au statut personnel ; mais ils peuvent, dans leurs développements, se trouver en contact avec des règles d'une autre nature; il est, en conséquence, nécessaire de rechercher comment il faut faire la part de chacun de ces éléments qui peuvent se rencontrer.

Ces complications naissent, en particulier, quand il s'agit de procéder, sur le territoire, à un acte concernant un mineur étranger. Tout ce qui tient à la capacité du mineur et à sa représentation, doit se faire en conformité de sa loi de statut personnel. La loi locale doit être suivie pour ce qui appartient à la procédure ou au statut réel. C'est ainsi, par exemple, que s'il s'agit d'un partage, les articles 815 et 883 du Code civil seront applicables à l'étranger comme au national, quant aux immeubles situés en France. Tout ce qui est procédure doit se faire en conformité de la loi territoriale.

CHAPITRE VI.

De l'interdiction, de la nomination d'un conseil judiciaire et des maisons d'aliénés.

111. Interdiction civile ou pénale. — 112. Conseil judiciaire. — 113. Placement dans une maison d'aliénés.

111. — L'interdiction se présente sous deux aspects différents, selon qu'elle appartient au droit civil ou au droit pénal. Le premier de ces aspects doit seul nous occuper ici, le second doit rentrer dans une autre partie de cette étude.

L'interdiction civile a pour but de replacer dans un état d'incapacité, semblable à celui dont les mineurs sont atteints, les majeurs qui, par suite de l'état anormal de leur développement intellectuel ou moral, ne peuvent être revêtus du libre exercice de leurs droits. Ils sont ainsi mis en tutelle et placés dans un état analogue à celui des mineurs (Code civil, article 509).

Ce sujet rentre, par conséquent, en grande partie, dans celui que nous venons d'étudier. Il appartient, bien certainement, au statut personnel, et les difficultés spéciales qu'il provoque se rapportent principalement à la compétence judiciaire qui appartient à une autre partie de cette étude.

112. — La nomination d'un conseil judiciaire est, en quelque sorte, une interdiction d'un degré inférieur; elle

suppose un moins grave désordre des facultés intellectuelles ou morales, et portent une atteinte plus restreinte à la capacité. Elle n'en rentre pas moins dans le statut personnel, et n'en présente pas moins des questions analogues quant à la compétence législative ou judiciaire.

Celle-ci vient de soulever, en France, une question sur laquelle nous devons nous arrêter un instant.

L'article 10 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 s'énonce de la manière suivante: « La tutelle des mineurs et interdits suisses résidant en France, sera régie par la législation de leur canton d'origine, et, réciproquement, la tutelle des mineurs et interdits français résidant en Suisse, sera réglée par la loi française ; en conséquence, les contestations auxquelles l'établissement de la tutelle et l'administration de leur fortune pourront donner lieu, seront portées devant l'autorité compétente de leur pays d'origine, sans préjudice toutefois des lois qui régissent les immeubles et des mesures conservatoires que les juges du lieu de la résidence pourront ordonner. » Dans un arrêt tout récent, la Cour de Nîmes a jugé que le texte doit s'étendre à la nomination d'un conseil judiciaire et que les tribunaux français doivent se déclarer incompétents, même d'office, en cette matière[1].

C'est dans un sens analogue que nous nous sommes exprimé sur cette question, dans le commentaire que

[1] Arrêt Im-Thurm, du 28 février 1881 ; Dalloz, 1882, II, p. 106.

nous avons publié en 1879 sur ce traité. Voici quelques observations que nous y avons énoncées :

« Le mot tutelle peut se prendre dans un sens large et général, ou dans un sens étroit et spécial. Il comprend, dans le premier cas, toute institution qui a pour but de suppléer à une incapacité personnelle. En droit français, par exemple, il faudrait l'entendre, non seulement de la tutelle proprement dite, telle qu'elle est définie dans le Code civil, articles 390 et suivants, mais encore de l'administration légale, article 389, de la curatelle de l'émancipé, du conseil judiciaire s'occupant du prodigue ou de l'individu frappé d'une demi-interdiction, etc. Il semble qu'on doive s'arrêter au sens large, soit parce que notre traité concerne non seulement la France, mais encore tout un ensemble de cantons, régis par des règles fort différentes, de telle sorte qu'on ne peut s'arrêter à la définition spéciale donnée par l'une ou par l'autre de ces législations, soit parce que notre article n'est, ainsi que nous l'avons dit, qu'une dépendance d'un sujet plus vaste, l'état civil, sur lequel les hautes parties contractantes professaient les mêmes principes au moment de la convention, ce qui milite en faveur d'une large interprétation. »

Nous ajoutions que les termes de l'article peuvent, cependant, laisser subsister quelque doute, en parlant spécialement de la tutelle des mineurs et des interdits. Le mot interdit doit s'entendre, disions-nous, de tout individu privé, par une sentence de l'autorité compétente, de tout ou partie de sa capacité personnelle ; mais que faut-

il penser des femmes mariées ou non, des individus soumis à un administrateur de leurs biens, parce qu'ils sont renfermés dans une maison d'aliénés ?

113. — Le placement d'une personne dans une maison d'aliénés, est un sujet tout spécial qui soulève des difficultés de divers genres. Ces difficultés semblent ne pouvoir être résolues convenablement qu'au moyen de traités diplomatiques. Voici, cependant, quelques observations provoquées par le droit interne français.

Pris en lui-même, ce fait semble rentrer dans les mesures de police et de sûreté mentionnées en tête de l'article 3 du Code civil. Mais, une telle séquestration doit conduire à d'autres mesures, dont les effets peuvent être contestés quant à leur influence sur la capacité personnelle : de telles personnes doivent être pourvues d'administrateurs ou de représentants chargés d'agir pour elles. Les circonstances qui les ont fait renfermer, sont un indice d'incapacité dont les effets semblent devoir provoquer la sollicitude. Des doutes peuvent s'élever sur la compétence des tribunaux, aussi bien que sur celle de la loi. La solution de ces doutes dépendra, fort souvent, de la nature et de l'importance des actes dont ces administrateurs ou représentants sont chargés, de la plus ou moins grande facilité que l'on peut avoir de s'adresser directement aux autorités sous la dépendance desquelles l'aliéné paraît se trouver placé plus naturellement.

Les autorités locales semblent être provisoirement compétentes pour les actes qui tiennent à la procédure,

comme lorsqu'il s'agit de représenter l'aliéné dans un procès ou dans un inventaire, et pour d'autres actes de protection présentant une grande urgence. Il peut y avoir des exigences telles, qu'une compétence locale en résulte comme conséquence nécessaire du principe énoncé par le § 1er de l'article 3 du Code civil.

Les articles 31 à 38 de la loi du 30 juin 1838 contiennent, à cet égard, une série de dispositions qui s'expriment en termes généraux, mais dont la compétence peut être plus ou moins douteuse, en certains cas, lorsqu'il s'agit d'étrangers. Cette compétence pourrait faire utilement l'objet de conventions consulaires analogues à celles qui interviennent en matière de tutelles ou de successions. Il faut, autant que possible, éviter tout acte qui pourrait provoquer des conflits, tout en tenant compte de l'urgence que de telles circonstances présentent généralement. Cette urgence donne au gouvernement local le droit de prendre les mesures nécessaires pour satisfaire à ce que les circonstances exigent.

La question la plus délicate soulevée par cette loi nous paraît se rapporter à l'article 39. Aux termes de cet article, les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y a été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code civil. On se demande s'il faudrait faire l'application de cette règle au Français placé dans un établissement étranger et à l'étranger placé dans un établissement français.

La première de ces questions peut seule nous occuper ici, la solution de la seconde dépend nécessairement des termes de la loi étrangère.

Nous croyons que cette disposition ne pourrait pas s'appliquer à un Français retenu dans un établissement étranger, même dans les cas où la législation locale, régissant cet établissement, contiendrait une disposition pareille. Le statut des Français ne peut pas être régi par une loi étrangère, et la loi française dont il s'agit suppose, bien certainement, un établissement situé sur le territoire. Il serait bien difficile de recourir à des équivalents en semblable matière [1]. Nous croyons, toutefois, que la circonstance d'un séjour dans une maison étrangère pourrait être prise en considération à l'appui d'une demande en interdiction ou en nomination d'un conseil judiciaire. Il pourrait en être de même lorsqu'il s'agirait de rechercher si tel individu était sain d'esprit dans telle ou telle circonstance, dans le cas de l'application de l'article 901 du Code civil, par exemple.

[1] Voir dans ce sens un arrêt Vantoyen, rendu le 18 février 1848, par la Cour de Douai; Dalloz, 1848, II, p. 175.

LIVRE II.

DES BIENS OU DROITS DE FORTUNE.

INTRODUCTION.

114. Distribution du sujet et renvois.

114.— On désigne, par le mot *biens*, toute une catégorie de droits qui, sans modifier l'état et la capacité des personnes considérées en elles-mêmes, augmentent la somme de pouvoirs ou de jouissances dont elles peuvent disposer.

Il est dans la nature des choses que la compétence internationale présente, en cette matière, une assez grande complication. Il importe d'énoncer, dès le début, les principaux éléments qui s'y produisent.

Cette compétence peut dépendre des choses sur lesquelles les droits s'exercent, de la nature spéciale de ces droits, de leurs rapports avec les personnes, et des faits juridiques par l'action desquels ils se forment, s'acquièrent, se transforment, se transmettent ou s'éteignent.

I. La principale distinction des choses, en ce qui a trait à la compétence internationale, est celle des biens en mobiliers et immobiliers.

Il faut aussi mentionner, comme y jouant un rôle considérable, la distinction des choses en principales ou accessoires, en fongibles ou non fongibles, en choses se consommant ou ne se consommant pas, par l'usage qui doit en être fait. Ce sont là des sujets sur lesquels nous aurons à revenir plus tard.

II. La nature des droits exercés sur les choses doit être aussi prise en considération dans notre doctrine. On ne peut, en particulier, s'y dispenser d'étudier avec soin les traits caractéristiques de ce qu'on appelle droits réels et droits personnels.

III. Les liens qui rattachent les biens aux personnes ne sont pas non plus sans importance. C'est un rapport qui ne paraît pas toujours sous le même aspect. Chaque valeur peut être considérée individuellement en elle-même, ou comme faisant partie d'un ensemble composant le patrimoine ou l'état de fortune d'une personne déterminée. Cet ensemble emprunte à la personnalité dont il dépend, une puissance de concentration qui le caractérise et lui donne une grande importance : il domine, par cela même, les éléments divers dont il se compose, les marque de son empreinte, et les soumet à des règles spéciales. C'est ainsi, par exemple, que, par l'intermédiaire de la personne dont il constitue l'état de fortune, le patrimoine crée de nombreux rapports entre les biens et la famille. On en voit surgir de nombreuses combinaisons dont les plus importantes sont le droit de succession héréditaire et le régime des biens entre époux, sujets placés dans le livre 3 du Code civil.

IV. Il ne suffit pas d'étudier les biens pris individuellement, ou comme faisant partie d'un patrimoine les rattachant à la famille ; il faut encore les suivre en des sphères plus étendues, où se manifestent les phases diverses de leur développement et les évolutions qui s'y produisent, dans leurs rapports avec la société tout entière. C'est ce qu'on appelle le régime des biens, en prenant ces mots dans le sens le plus large. C'est tout un ensemble de faits et de droits, provoquant les règles nécessaires à l'ordre et à la sécurité dans cette partie de la vie sociale.

On voit, par ce qui précède, que la doctrine des biens présente un vaste sujet d'étude. L'action législative s'y rapportant devait nécessairement soulever des questions de compétence internationale. C'est à ce point de vue que nous devons nous placer pour le travail auquel nous allons nous livrer.

Les éléments divers qu'on rencontre en cette matière, se trouvent disséminés en des rubriques diverses, que nous aborderons successivement. Nous devons, toutefois, jeter avant tout un coup d'œil sur l'ensemble du sujet, en vue de faciliter l'étude des questions de détail qui se présenteront plus tard.

Nous croyons que les éléments divers qu'on y rencontre peuvent se ramener à deux chefs principaux. Ils se rapportent, les uns au fond du droit considéré en lui-même, les autres aux faits juridiques produisant les évolutions diverses que nous avons signalées.

Ces deux catégories ont leur place naturelle, la pre-

mière dans le livre II du Code civil dont nous entreprenons l'étude, la seconde dans le livre III du même Code dont nous nous occuperons plus tard.

Les observations générales qui précèdent nous serviront de direction pour l'ordre de notre travail; il convient de dire, en quelques mots, comment cet ordre peut se concilier avec celui du Code.

Le second livre de ce document porte la rubrique *Des biens et des différentes modifications de la propriété*. Il n'y est pas satisfait d'une manière également complète aux exigences des différentes parties de ce programme.

Les droits personnels n'y sont mentionnés qu'incidemment. Cette circonstance s'explique par le fait que ces droits ne sont pas susceptibles, comme les droits réels, d'être ramenés, par la nature des choses, à un certain nombre de types précis et peu nombreux : ils sont plus variés, et généralement placés, dans une plus large mesure, sous la dépendance des faits s'y rapportant. Il a paru convenable de les rapprocher de ces faits dont ils sont les conséquences ; on fut ainsi conduit à les placer dans le livre III.

Les obligations légales devaient, par la nature des choses, faire exception à cette règle, parce qu'elles dérivent plus directement de la loi et qu'elles dépendent d'une matière spéciale dont la compétence les absorbe. Nous en avons déjà vu un exemple dans la dette alimentaire, dont les règles appartiennent au livre premier du Code. On rencontre également, dans le régime des biens, certaines obligations qui, tout en étant per-

sonnelles de leur nature, ne s'en rattachent pas moins au statut réel, par l'objet auquel elles se rapportent. Ce sont des obligations de police, ayant pour but de veiller à la bonne tenue et au bon usage de la propriété foncière.

L'accessoire suivant généralement le principal, il était naturel de renvoyer au livre III quelques droits réels servant de garanties à l'exécution de droits personnels.

Nous nous efforcerons de suivre, autant que possible, l'ordre du Code, tout en nous réservant de nous en écarter, quand la suite logique des déductions, ou certains rapprochements utiles paraîtront l'exiger.

CHAPITRE Ier.

Compétence se rapportant aux choses.

115. Observations générales. — 116. Immeubles. Conflits possibles en ce qui les concerne. — 117. Meubles. — 118. Hypothèques constituées sur des navires.

115. — Dans sa partie interne, comme dans sa partie internationale, le Code civil paraît s'attacher presque exclusivement à la distinction des choses, en mobilières et immobilières (Code civil, articles 3, 516 et suivants).

Cette distinction est la seule à laquelle il consacre une rubrique spéciale, et qu'il développe dogmatiquement. Il ne parle des autres qu'accessoirement et dans le droit

interne; deux causes principales peuvent expliquer ce fait: la tradition et la nature des choses.

Nous avons pu voir, dans notre introduction historique, par quels motifs le sol, et tout ce qui s'y rapporte, dut exercer une influence prépondérante sur les règles de l'ancien droit. La féodalité avait bien été renversée par la puissance révolutionnaire; mais l'ordre civil était encore profondément empreint des traits caractéristiques qu'il tenait d'elle; il était bien naturel qu'on en retrouvât des traces dans le Code.

Il faut, d'ailleurs, reconnaître que cette distinction en meubles et immeubles est celle qui se présente le plus nettement et le plus directement dans les choses elles-mêmes; les autres ont un caractère plus abstrait, moins stable et moins général. Les conséquences qui en résultent peuvent être considérables, mais elles sont moins immédiates: elles dérivent, généralement, de l'usage qu'on doit faire des choses et des rapports dans lesquels elles se trouvent, plus que de leur nature propre. On comprend qu'il ait paru difficile d'en faire des rubriques spéciales et de s'en occuper d'une manière principale.

Les choses accessoires suivent le sort de celles auxquelles elles se rattachent: elles leur empruntent, en quelque sorte, leur nature. Nous verrons cet effet se produire dans la distinction des meubles et des immeubles (Code civil, articles 522 à 525 inclusivement).

Les choses fongibles et les choses de consommation trouvent souvent ce caractère dans certaines circons-

tances extérieures, plus que dans leur nature propre. C'est encore une sorte de transformation qui s'opère: ce qui aurait dû être droit réel, se produit comme droit personnel (Code civil, article 587).

Nous suivrons la voie tracée par le Code: la distinction des meubles et des immeubles nous occupera comme sujet principal ; nous aborderons les autres dans les conjonctures où leur nature variable et complexe paraît le mieux se manifester.

116. — Le § 2 de l'article 3 du Code civil porte que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » C'est là, comme nous l'avons dit précédemment, une règle de compétence. Elle suppose, nécessairement, que c'est la loi française qui doit définir ce qu'il faudra considérer comme immeubles sur le territoire français : chaque législation doit fixer, elle-même, les limites de ce qu'elle considère comme rentrant sous sa compétence.

Cette fixation est nécessaire pour réglementer l'application des lois. Il n'en résulte pas qu'elle puisse s'opérer arbitrairement et abstraction faite de toute règle supérieure.

Le titre Ier du livre II du Code civil donne les définitions nécessaires à cet égard.

L'article 517 porte: « Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent. » Ces trois catégories, dont la dernière se compose de droits se rapportant à des fonds immobiliers, rentrent sous la disposition de la règle dont

il s'agit. Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, l'usufruit des choses immobilières ; les servitudes ou services fonciers ; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble, dit l'article 526. Les hypothèques, et les privilèges s'exerçant sur immeubles, participent de cette nature qui s'y complique, cependant, de la circonstance qu'il s'agit de droits réels servant de garanties à de simples obligations. Cette position mixte explique pourquoi ces droits sont placés dans le livre III.

Considéré en lui-même, le statut réel immobilier, mentionné dans l'article 3, ne paraît pas soulever de bien grandes difficultés: l'essentiel est de fixer les limites dans lesquelles il doit être renfermé. Nous avons déjà vu que le texte et les travaux préparatoires semblent résoudre ces questions avec une grande clarté.

Cette disposition ne se contente pas d'énoncer, en termes fort larges, la compétence de la loi française en matière immobilière ; elle trace des limites qu'elle indique d'une manière indirecte, mais avec une grande précision, comme nous ne tarderons pas à le voir.

La compétence française doit s'étendre sur tous les immeubles situés en France. La situation de ces fonds ne saurait provoquer la controverse, dans notre doctrine spéciale : c'est au droit international public qu'il faut recourir pour reconnaître les limites du territoire de chaque nation. Quant à la nature mobilière ou immobilière des choses, c'est aux dispositions du droit interne qu'il faut en rechercher les définitions. C'est un cas où le droit international reçoit directement l'influence du

droit interne. Le second se présente comme le complément nécessaire du premier : le § 2 de l'article 3 renvoie implicitement aux articles 516 et suivants.

Quant aux limites de cette compétence, la largeur de notre disposition n'en comporte pas d'autres que celle du statut réel lui-même, dans ses rapports avec les deux autres.

Les immeubles situés en France y sont soumis à deux grandes influences, celle de la loi et celle de la volonté individuelle. En disant que les immeubles sont régis par la loi française, notre disposition ne se préoccupe que de l'action directe de la loi sur les fonds immobiliers ; l'influence qu'ils peuvent recevoir de la volonté individuelle, agissant dans les limites de sa propre compétence, rentre dans le statut personnel ou dans celui des faits juridiques, suivant qu'on s'arrête à la capacité de l'agent ou aux conséquences qui doivent résulter du fait auquel il se livre.

Nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous avons déjà dit à cet égard : il faut, pour reconnaître l'un ou l'autre des statuts, se demander quel a été le but de la loi dans telle disposition : a-t-elle voulu statuer directement sur les biens de telle ou telle manière déterminée, s'est-elle proposé de statuer sur l'état ou la capacité des personnes considérées en elles-mêmes, ou a-t-elle voulu réglementer un fait juridique ? Chacune de ces trois hypothèses correspond à l'un des trois statuts admis dans le Code.

Trois exemples, dont le second a soulevé une vive

controverse, peuvent servir à mettre cette doctrine dans un plus grand jour.

La fixation d'une réserve légale, en matière de succession héréditaire, rentre, bien certainement, en droit français positif, comme nous le verrons plus tard, dans le statut réel, bien qu'elle impose indirectement des limites à la volonté individuelle qui ne peut pas dépasser la quotité disponible (Code civil, articles 913 et suivants). Le but que le législateur se propose d'atteindre par la création d'une telle réserve, est de garantir, à certaines catégories d'héritiers, une quote-part de la succession qui ne puisse être réduite ni par donation entre vifs ni par testament. C'est bien directement sur les biens que la loi statue; c'est en vue de ne pas manquer le but qu'elle se propose d'atteindre sur les biens, qu'elle impose des limites à la volonté individuelle ; c'est du statut réel qu'il s'agit : l'immeuble qui se trouve impliqué dans la réserve, est directement régi par la loi, toute action contraire de la volonté individuelle est exclue.

Le sénatus-consulte Velléien est le second exemple que nous voulons citer. Cette vieille institution romaine, conservée dans un certain nombre de pays, défend aux femmes de cautionner et même, plus généralement, de s'engager pour un tiers, sans recourir à des formalités habilitantes diversement fixées. Elle agit à la fois sur un acte de volonté qu'elle n'autorise qu'à certaines conditions, et sur les biens de la femme qu'elle met à l'abri d'engagements qui pourraient être contractés par entraînement ou par légèreté. On se demande lequel de ces

deux éléments doit être considéré comme prédominant dans une telle disposition.

On cite souvent, à cet égard, un arrêt Bonar contre d'Hervas, rendu par la Cour de Paris le 14 ou le 15 mars 1831 et refusant de faire, à une femme espagnole, l'application de ce sénatus-consulte. Cette femme, agissant en France, avait contracté solidairement avec son mari, une obligation qu'elle avait garantie par une hypothèque constituée sur un fonds sis en France. L'arrêt, longuement motivé, s'attache tout particulièrement à écarter l'idée d'une incapacité réelle, le fonds n'étant pas dotal et devant être régi par l'article 3, § 2, du Code civil. Quant à la possibilité d'une incapacité personnelle, il invoque un domicile purement de fait, semble-t-il, acquis en France par la débitrice, ce qui aurait pu avoir une grande importance au point de vue espagnol, en supposant qu'un tel domicile fût reconnu suffisant.

Nous relevons le considérant suivant, parce qu'il nous semble contraire aux bases admises par le Code civil, interprété dans le sens que les travaux préparatoires paraissent lui donner: « Quant à la validité de l'obligation, considérant que le domaine hypothéqué étant situé en France, il s'ensuit qu'il y a lieu de juger la capacité de la femme d'Hervas et la validité de son obligation d'après la loi française; que, si ce principe n'était pas admis, on serait soumis à autant de lois étrangères qu'il y aurait d'étrangers possessionnés en France, ce qui serait une violation manifeste de la disposition fondamentale écrite dans le § 2 de l'article 3. » Il est dit, ensuite, que cha-

cun est tenu de se soumettre aux lois parce que chacun est censé les connaître, mais que cette présomption ne saurait s'étendre aux lois étrangères dont l'existence n'est ni publique ni certaine, d'où suit qu'elles ne réunissent pas les conditions qui pourraient les rendre obligatoires en France.

Le pourvoi dirigé contre cette décision fut suivi d'un arrêt de rejet, du 17 juillet 1833, dont voici le considérant principal : « Attendu que si l'article 3 déclare que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même en pays étrangers, il ne contient aucune disposition semblable en faveur des étrangers qui résident en France, d'où il résulte que l'arrêt attaqué ne peut pas avoir violé cet article. »

Nous ne pouvons pas nous empêcher d'élever des doutes sur le bien-fondé de cet arrêt.

La question principale du procès n'était-elle pas de savoir si l'on apprécierait la capacité personnelle de Mme d'Hervas suivant la loi française, ou suivant la loi espagnole ; le droit français ne s'y trouvait-il pas impliqué? Est-il bien exact de dire qu'aucun texte du droit national ne pouvait être violé ? La cassation suppose-t-elle nécessairement la violation directe d'un texte exprès. N'y a-t-il pas lieu à interprétation et n'a-t-on pas généralement conclu des travaux préparatoires, qu'en principe, le statut personnel des étrangers ne doit pas être régi par la loi française ? Si du silence gardé par le texte il résulte qu'on a voulu laisser au juge quelque liberté d'appréciation, cette faculté concédée détruit-elle le

principe ? Etait-ce faire une application régulière du § 2 de l'article 3 du Code, que de le considérer comme devant absorber le statut personnel des étrangers dans celui des Français [1] ?

La doctrine généralement suivie quant au régime que les époux sont censés avoir adopté, quand ils n'ont pas fait de contrat de mariage réglementant leurs biens, semble pouvoir être citée comme exemple de statut des faits juridiques. Elle interprète le silence gardé par les parties, dans le sens d'un contrat tacite adoptant les règles consacrées dans le lieu de ce qu'on appelle domicile matrimonial.

117. — Ce qui tient aux valeurs mobilières doit, naturellement, soulever de plus grandes difficultés, parce que la nature et la situation des choses s'y manifestent moins clairement.

Nous devons nous référer, avant tout, aux principes que nous avons exposés, précédemment, sur la compétence de la loi française en matière de meubles, considérés soit comme valeurs isolées, soit comme parties intégrantes d'un patrimoine [2].

Considérées isolément et en elles-mêmes, les valeurs mobilières sont soumises à la loi du lieu de leur situation

[1] Voir sur ces arrêts de la Cour de Paris et de la Cour de cassation, Laurent, *Code civil international*, t. V, p. 142 et suivantes. Voir de plus Fœlix et Demangeat, t. I, p. 219; Merlin, *Répertoire*, v. Sénatus-consulte Velléien ; Bertauld, *Questions pratiques*, n° 68 et 69.

[2] Voir p. 117 et suivantes.

effective, pour ce qui tient à la possession, aux droits spéciaux dont elles peuvent être les objets et aux mesures d'exécution s'y rapportant. La Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens par arrêt Graven, du 19 mars 1872. La même distinction était faite sous l'ancien droit, où elle soulevait, toutefois, quelques doutes [1].

Ces principes se rapportent à la situation réelle ou fictive que ces valeurs occupent, ou sont censées occuper, dans l'espace. Nous devons traiter ici, plus particulièrement, de la nature assez diverse de ce genre de biens et des conséquences qui peuvent résulter de ces diversités pour notre doctrine.

Les définitions données dans les articles 527 et suivants, peuvent faciliter l'application des principes énoncés plus haut ; mais, elles n'ont pas toutes la même importance.

Les biens sont meubles, dit le premier de ces articles, par leur nature, ou par la détermination de la loi. La première de ces catégories est généralement désignée sous le nom de meubles corporels. La seconde est d'une nature plus abstraite, elle se compose de droits plus que de choses proprement dites.

Cette définition donnée par l'article 527 est générale ; elle n'est restreinte et limitée que par la disposition plus

[1] Voir pour l'arrêt cité, Dalloz, 1874, I, p. 465, et pour l'ancien droit Boullenois, *Personnalité*, etc., p. 338 et suivantes (*Principe général*), p. 826 et suivantes, et plus spécialement p. 833 (*Exécution*), p. 834 et suivantes (*Pluralité de domiciles*).

générale contenue en l'article 516 portant : « Tous les biens sont meubles ou immeubles. » Ces deux grandes catégories s'expliquent et se limitent réciproquement. Tous les biens, quelle qu'en soit la nature, doivent nécessairement rentrer dans l'une ou dans l'autre. C'est en rapprochant et en comparant les termes des deux définitions, qu'on parvient à faire le classement nécessaire.

La subdivision des meubles en corporels ou non corporels, est la plus importante de celles qui se rapportent à ce genre de biens. Les premiers occupent, par eux-mêmes, une position déterminée, bien que variable, dans l'espace ; les seconds, plus abstraits et consistant en liens de droit se formant entre personnes diverses, ne sont en rapport avec le territoire que par l'intermédiaire de celles-ci. C'est dans le statut des faits juridiques, et tout spécialement dans ce qui tient au régime des biens, que nous verrons se manifester le plus directement, les effets de cette diversité.

Les définitions se rapportant en termes généraux aux deux grandes catégories de meubles énoncées plus haut, sont complétées par une série de dispositions relatives à des questions de détail (Code civil, articles 531 et 532).

Viennent ensuite (articles 533 à 536 inclusivement) plusieurs définitions portant sur les mots, et destinées à faciliter l'interprétation de la loi et des actes émanant de la volonté individuelle. Nous les retrouverons dans l'étude du livre III.

L'article 530, qui réglemente le rachat des rentes reposant à perpétuité sur immeubles, est une disposition

statuant directement sur le fond du droit. Elle rentre dans le statut réel immobilier, puisqu'il s'agit de libérer des fonds de cette nature, de charges les grevant. Considérées en elles-mêmes, ces charges n'en restent pas moins des valeurs mobilières, aux termes de l'article 529.

118. — Il a souvent été permis de conférer, par un acte de volonté individuelle, la nature d'immeubles à des valeurs qui, prises en elles-mêmes, devraient être considérées comme mobilières. Ce sont là des dispositions de détail qui, bien que n'étant pas sans intérêt pour les rapports internationaux, ne rentrent pas directement dans notre doctrine [1].

Nous ne croyons pas qu'on en puisse dire autant au sujet de la loi des 10 et 22 décembre 1874, permettant de constituer des hypothèques sur navires [2]. Ce genre de valeurs, essentiellement mobiles, se trouve ainsi revêtu d'attributs qui n'étaient précédemment reconnus qu'aux fonds immobiliers (Code civil, art. 2114 et 2118). Ce nouveau mode de procéder ne peut manquer d'acquérir une grande importance et de soulever bien des difficultés, si on ne les prévient pas par des traités diplomatiques. C'est quand nous aurons abordé l'étude des hypothèques qu'il conviendra de s'y arrêter plus longuement.

[1] Les Codes annotés en citent des exemples. Voir spécialement Tripier, sous l'article 529.

[2] Voir Dalloz, 1875, IV, p. 64.

CHAPITRE II.

Des droits réels qui s'exercent comme droits principaux, et de la compétence internationale s'y rapportant.

119. Importance relative du territoire en cette matière. Réfutation d'une critique de M. Laurent. — 120. Propriété. — 121. Usufruit, usage et habitation. — 122. Servitudes. — 123. Observations communes aux divers droits mentionnés ci-dessus. — 124. Propriété littéraire, artistique, industrielle et commerciale.

119. — La nature et la situation des choses ne sont pas les seuls éléments qui exercent leur influence sur la compétence internationale; les droits dont elles sont les objets ne sauraient être sans importance à cet égard.

L'article 543, qui sert, en quelque sorte, d'introduction à cette partie du livre II, s'exprime de la manière suivante : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. »

Cette énumération n'énonce que des droits réels qui sont réglementés dans les dispositions suivantes. Nous avons déjà vu pourquoi les hypothèques et les privilèges ont été renvoyés au livre III.

Si l'on considère ces droits en eux-mêmes, abstraction faite des faits juridiques dont ils reçoivent l'influence, on est conduit à reconnaître qu'ils rentrent, naturellement et en principe, dans la compétence de la loi territoriale.

C'est là ce que réclament les exigences d'un bon régime des biens. Il est indispensable que ces droits s'exercent en harmonie, de manière à s'aider plutôt que de s'entraver ou de se neutraliser réciproquement. Un tel résultat ne peut être obtenu que par l'action d'une loi unique ; celle qui domine sur le territoire est mieux placée que toute autre pour remplir un tel office.

Ce principe semble manifestement consacré dans le Code. La tradition conduisait à ce résultat ; mais, il faut bien le reconnaître : elle n'était pas la seule force sur laquelle une telle doctrine pût s'appuyer ; la nature des choses se prononçait énergiquement dans ce sens.

S'il est vrai, comme nous le croyons, que chaque souveraineté locale soit appelée à créer et à maintenir un bon régime des biens sur son territoire, on ne saurait lui refuser les droits nécessaires à l'accomplissement de cette tâche. Il est intéressant de voir comment le droit positif français s'en est acquitté, relativement aux droits énumérés plus haut.

Nous devons relever ici diverses observations de M. Laurent, au sujet du principe de territorialité et des applications qui doivent en être faites.

« M. Savigny, dit l'éminent écrivain, pose comme principe que les droits réels dépendent du statut de la situation des choses dans lesquelles ils s'exercent. Cela résulte, dit-il, de la nature même de ces droits ; on ne peut les exercer que là où la chose est située ; c'est là qu'est le siège du fait juridique, c'est donc la loi de ce lieu qui détermine les conditions et les effets du droit. » M. Lau-

rent ajoute : « Cette considération n'est-elle pas trop matérielle ? Dire que l'espace gouverne le droit, n'est-ce pas tout réaliser, puisque les droits relatifs aux biens aboutissent toujours à une chose qui occupe une place dans l'espace. Est-ce que l'homme, sa pensée, sa volonté, ne joue pas un rôle dans tout rapport juridique ? Donc il est impossible de faire abstraction complète de la personnalité humaine [1]. »

Nous tenons à rappeler que M. de Savigny s'occupait de droit positif, qu'il devait exposer tel que celui-ci lui apparaissait. Or, il est bien certain que le principe de territorialité s'y présente comme prépondérant, tout particulièrement en ce qui a trait aux droits réels considérés en eux-mêmes.

N'en est-il pas de même en droit positif français ? Ne faut-il pas ajouter que l'élément territorial devra toujours être pris largement en considération ? N'y a-t-il pas, dans la nature des choses, une puissance qui en fait une règle nécessaire ? Le pouvoir législatif de chaque Etat ne s'exerce-t-il pas, principalement et avant tout, sur un territoire déterminé ? Chacun de ces territoires ne se trouve-t-il pas, en fait, le centre et la base de tout un ensemble de droits qui doivent s'y développer en harmonie ? N'est-ce pas tout particulièrement vrai des droits se rapportant le plus directement à la possession et à l'exploitation du sol ?

Nous tenons, d'ailleurs, à démontrer que tout en se

[1] *Droit civil international*, t. VII, p. 362.

gardant scrupuleusement comme il le devait, de substituer ses idées personnelles aux règles du droit positif dont il devait faire l'exposition, exemple que les auteurs modernes ont trop négligé de suivre, M. de Savigny était fort éloigné d'être hostile au principe de personnalité ; nous voulons en citer deux exemples remarquables.

M. Laurent fait lui-même allusion à un changement important qui s'est opéré, dans la doctrine allemande, en matière de succession héréditaire : on a renoncé aux principes de diversité et de territorialité provenant de la tradition germanique, pour s'arrêter au principe d'unité et de personnalité qui caractérisait le droit romain. M. de Savigny a largement contribué à ce progrès, et voici comment il s'exprime à cet égard, aux pages 295 et 296 du tome VIII de l'édition allemande du *Système de droit romain* : « Si cette manière de considérer la chose est exacte, il faut en conclure que la succession héréditaire est généralement régie par le droit en vigueur dans la localité où le défunt a eu son dernier domicile. Pour faire rentrer cette affirmation dans la terminologie technique mentionnée plus haut, nous devons dire que les lois régissant le droit de succession héréditaire appartiennent aux lois de statut personnel, en ce sens qu'elles ont la personne pour objet principal, et ne s'occupent des choses que par rapport à celle-ci : « *Müssen wir sagen, dass die Gesetze über das Erbrecht zu den Personalstatuten gehören, indem sie* principaliter *die Person, und nur mittelbar auch Sachen, zum Gegenstand haben.* » M. de Savigny reste ici fidèle à la tâche qu'il a

prise d'exposer le droit commun de l'Allemagne, il change seulement la doctrine en intervertissant la position respective des deux éléments qui s'y trouvaient en présence : l'élément romain devait, suivant lui, prédominer à cet égard sur l'élément germanique. C'était une question de droit positif qu'il tranchait de la sorte.

Voici, de plus, comment M. de Savigny s'exprimait au sujet du conflit qui pouvait s'élever, en droit romain, entre le domicile et la bourgeoisie, polémique analogue à celle qui existe de nos jours entre le domicile et la patrie : « Je considère comme certain que si tel conflit se réalise, la personne doit être régie par la loi de sa bourgeoisie et non par celle de son domicile. » Il motive cet avis de la manière suivante :

« 1° La bourgeoisie forme un lien plus étroit et d'une nature supérieure, comparé à celui qui résulte du domicile, et dépend d'un acte émanant d'une volonté arbitraire et capricieuse.

« 2° C'est le lien le plus ancien, puisqu'il remonte à la naissance.

« 3° Plusieurs expressions des jurisconsultes romains semblent conduire à ce résultat [1]. »

On voit que M. de Savigny faisait une large part à l'élément personnel, dans les deux principaux domaines du droit. Il était bien loin de tout réaliser, suivant l'expression de M. Laurent, page 362 ; mais il faisait aussi la part de l'élément territorial, dont il serait impossible

[1] *Système*, t. VIII, p. 86.

de faire abstraction et qui, par la nature des choses, prédomine généralement, en matière de droits réels considérés en eux-mêmes, quant aux effets qu'ils doivent produire.

Nous tenons à ajouter que c'est par l'étude que nous avons faite de l'œuvre de M. de Savigny, et avant d'avoir connu le Code civil italien, que nous avons été conduit à nous déclarer partisan du principe de nationalité.

M. Laurent demande, ensuite, des restrictions à faire au statut réel. Voici comment il s'exprime, page 363 du volume VII de son ouvrage : « Ces principes, ceux du statut réel, reçoivent exception dans les cas où la loi s'en rapporte à l'autonomie des particuliers. Il en est ainsi en matière de contrats. Les parties font telles conventions qu'elles veulent, et ces conventions, dit le Code civil, leur tiennent lieu de loi (article 1134). Pour mieux dire, ce n'est pas une exception ; il ne s'agit plus de statuts, la loi ne commande pas, et ne prohibe pas; ce sont les parties contractantes qui font office de législateurs. Les contractants faisant la loi, peuvent naturellement choisir la loi qui doit régler leur contrat ; en ce sens elles s'y soumettent. Nous ne sommes plus sur le terrain des statuts, nous sommes dans le domaine de l'autonomie. »

Nous ne croyons pas que cette observation soit complètement exacte : l'autonomie des parties est l'œuvre de la loi, elle ne peut exister que dans les limites et sous les restrictions fixées par elle. Celle-ci ne se contente pas d'ordonner, de défendre ou de permettre, elle supplée souvent au silence des parties ou à l'obscurité de leurs dispositions.

Il en résulte qu'il est toujours nécessaire de rechercher quelle est la loi compétente au sujet de chaque rapport de droit et de chaque fait juridique, parce que c'est de cette loi que dépend la question de savoir s'il y a autonomie individuelle, dans quelle mesure, sous quelles restrictions ou conditions elle a lieu. Il y a toujours une loi qui a le droit d'ordonner ou de défendre les actes de volonté individuelle, d'y suppléer, de les interpréter ou d'en fixer les conséquences; la connaissance de cette loi est indispensable pour faire une juste appréciation des effets de ces actes.

Nous ne serons pas long sur la troisième observation de M. Laurent, qui est ainsi conçue : « Savigny et Brocher ne distinguent pas, en matière de statuts, si le droit est mobilier ou immobilier ; en cela ils s'écartent de la tradition que les Allemands ont rejetée depuis longtemps, mais que les interprètes du droit français sont obligés de respecter, puisque l'article 3 du Code Napoléon la maintient implicitement. »

M. de Savigny, traitant du droit commun de l'Allemagne pouvait, sans encourir un reproche, ne pas se préoccuper de la tradition française.

Pour quant à nous, nous estimons avoir fait ce que nous sommes accusé d'avoir négligé de faire. Ce sujet a été discuté non pas dans la partie purement spéculative, citée par M. Laurent, mais dans la partie spécialement consacrée au droit français (pages 240 et suivantes) de notre traité. Il en avait été déjà question, page 47, dans notre notice historique. Nous estimons nous être conformé à la

tradition antérieure et postérieure au Code civil, et nous n'avons qu'à persister dans ce que nous avons dit plus haut pour réfuter les idées émises à cet égard par M. Laurent[1]. Ces idées avaient déjà été discutées dans notre précédente publication, où nous les avons critiquées comme dépourvues de preuves suffisantes. Nous maintenons à la lettre la règle suivie par l'ancien droit; M. Laurent la change en substituant le principe de la nationalité à celui du domicile; nous avons déjà dit pourquoi cette innovation ne nous paraît pas justifiée.

120. — Le titre relatif à la propriété se compose d'une introduction comprenant une définition, et de deux chapitres traitant, le premier, du droit aux fruits produits par la chose; le second, du droit d'accession relativement aux valeurs tant mobilières qu'immobilières.

Il ne s'agit ici que de la propriété considérée en elle-même et combinée avec quelques faits juridiques provenant d'elle ou la modifiant directement dans sa nature ou dans sa quotité. Les faits juridiques plus externes, tels que la vente, l'échange, la location, sont renvoyés au livre III.

Tout ce dont il s'agit ici ne peut que ressortir à la loi territoriale. Cette compétence résulte, soit de la situation des choses, soit du lieu de la réalisation des faits dont il s'agit. Nous étudierons, plus tard, sous les rubriques les concernant, les autres faits juridiques pouvant se rapporter à ce genre de droit; cela nous fera pénétrer plus avant dans ce qu'on appelle le régime des biens.

[1] Voir p. 117 de ce volume.

Nous verrons que le droit de propriété ne produit pas toujours des effets identiques en fait de meubles et d'immeubles. C'est ce qui résulte spécialement des articles 1141 et 2279 du Code civil.

Il n'est pas sans importance de signaler une différence qui se produit à cet égard, en matière d'accession par incorporation ou par mélange. S'il s'agit d'immeubles, c'est, bien manifestement, le droit réel, se rapportant aux choses et s'appuyant sur le § 2 de l'article 3 du Code civil, qui prédomine sur le fait juridique, en lui faisant ressortir tel effet résultant de la nature des choses. Les règles édictées ont, en définitive, pour base une sorte de supériorité des immeubles sur les meubles. Il n'en est pas de même en matière purement mobilière, ce principe de décision fait défaut et ne saurait absorber l'importance du fait juridique; c'est ce qui explique l'indécision de la loi, s'en rapportant, d'une manière presque absolue, à l'appréciation des tribunaux (Code civil, article 565). C'est un sujet qui semble rentrer dans le statut des faits juridiques. C'est à ce titre que la loi territoriale doit être prise en considération.

121. — L'article 578 porte que « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. »

Cette disposition suffit pour faire pressentir les différences qui pourront se présenter entre ces deux droits, quant à la compétence internationale. L'usufruit étant moins absolu, présente de plus grandes complications.

Il met en face l'un de l'autre deux droits rivaux qui se limitent et se contrôlent réciproquement. L'influence des faits juridiques et des lois étrangères doit s'y exercer dans une plus large mesure.

Ces dissemblances n'ont pas toujours la même importance, quant aux questions dont nous devons nous préoccuper: il faut distinguer, à cet égard, l'usufruit s'exerçant sur des fonds immobiliers, de celui qui a des valeurs mobilières pour objet. Le premier s'exerçant toujours sur le même territoire et recevant l'influence de faits qui s'y réalisent, reste fermement enlacé dans les liens de l'article 3, § 2. Il n'en est pas nécessairement de même du second. Celui-ci peut naître dans un pays et s'exercer dans un autre; l'on se demande, alors, s'il doit conserver les caractères originels qu'il tient de la loi sous l'empire de laquelle il s'est formé.

Nous n'hésitons pas à répondre dans un sens affirmatif, sous réserve des dispositions d'ordre public, intéressant des tiers ou la société considérée dans son ensemble. Les droits acquis doivent être d'autant plus scrupuleusement maintenus, qu'il y en a deux catégories en présence et qu'il serait injuste de mettre le nu-propriétaire complètement à la merci de l'usufruitier; ce qui aurait lieu si ce dernier pouvait changer son droit en en transportant l'objet sur un autre territoire.

Le principe que nous venons d'énoncer est rationnel et conforme à l'esprit général du droit français; il semble, d'ailleurs, confirmé plus qu'infirmé, par les textes spéciaux se rapportant à cette matière.

Ce qui est vrai de l'influence originairement exercée par la loi sur l'usufruit, l'est également de celle qui résulte d'actes de volonté individuelle. Celle-ci constitue des droits encore plus définitivement et plus généralement acquis.

L'usufruit s'exerçant sur un commerce soulève, naturellement, des questions assez diverses, suivant la nature, la destination et la situation fictive ou effective des valeurs qui s'y trouvent impliquées. Ce sont des difficultés qui sont, nécessairement, abandonnées à la doctrine. Il serait imprudent de vouloir tracer des règles d'une application plus ou moins générale[1].

Les droits d'usage et d'habitation ne sont que des diminutifs de celui d'usufruit ; ils doivent, en principe, être soumis aux mêmes règles, sauf l'effet des différences spécifiques les caractérisant.

Encore moins absolus et plus indéterminés que l'usufruit, ils peuvent éprouver, dans une plus large mesure, l'influence des faits juridiques et des lois étrangères (Code civil, articles 628 et 629) ; le tout sous les réserves énoncées plus haut, au sujet de l'ordre public.

L'usufruit pouvant être établi par la volonté de l'homme, celle-ci doit y jouir d'un certain degré d'autonomie. Il n'y en a pas moins là une réglementation fort détaillée, qui doit être observée en l'absence de dispositions contraires adoptées par les parties, ce qui laisse une très grande importance à la loi locale.

[1] Voir pour le droit interne Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 549, 2e édition.

L'autonomie des parties trouve, d'ailleurs, des limites dans les dispositions d'ordre public et la fixation de ces limites rentre naturellement dans la compétence de la loi régulatrice de ce droit.

Il s'élève même, en cette matière, une catégorie spéciale de règles limitatives, d'où surgissent des difficultés plus ou moins complexes.

L'usufruit est un démembrement de la propriété; on y voit les attributs de celle-ci se diviser en deux parties. Si l'usufruit obtenait un développement tel qu'il absorbât la propriété, ce ne serait plus le rapport de droit qualifié et réglementé dans les textes du Code civil. Il pourrait y avoir lieu, suivant les circonstances, à nullité ou à réduction, ou à reconnaissance d'un droit *sui generis*, autre que l'usufruit ordinaire. La question s'élèverait dans le cas d'une concession faite à perpétuité (Code civil, articles 617 et 619).

L'article 595, qui fixe les droits de l'usufruitier, quant à la durée des baux et quant à l'époque des renouvellements qu'il en peut faire, soulève une question analogue. Nous aurions de la peine à penser que toute disposition contraire, dans l'acte constituant un usufruit, dût être considérée comme nulle ou réductible. Il y aurait lieu d'apprécier les circonstances [1].

122. — En déclarant qu'une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un hé-

[1] Voir sur cette question, Laurent, *Droit civil international*, t. VII, p. 411.

ritage appartenant à un autre propriétaire, l'article 637 du Code place, bien manifestement, ce sujet dans le statut réel immobilier défini par le § 2 de l'article 3 du Code.

On peut ajouter, au besoin, que les deux premières catégories de servitudes, celles qui dérivent de la situation des lieux et celles qui sont établies par la loi, semblent n'être qu'une réglementation spéciale de la propriété. Il ne peut s'élever aucun doute au sujet de ces deux catégories qui, par la nature des choses, sont régies directement par la loi.

Les servitudes établies par le fait de l'homme peuvent, au contraire, donner lieu à quelques difficultés, parce qu'on voit s'y produire l'action de la loi et celle de la volonté individuelle; il peut, en conséquence, y avoir conflit entre le statut réel, pour le fond du droit ressortissant directement à la loi, le statut personnel, quant aux questions de capacité, le statut des faits juridiques au sujet des manifestations de volonté individuelle. Nous devons insister quelques instants sur ce dernier point.

On trouve au titre *Des servitudes* une série de dispositions destinées à dire comment s'établissent celles qui dérivent du fait de l'homme (articles 690 et suivants). Nous nous occuperons de ce qui tient à la prescription, sous la rubrique générale qui lui est consacrée dans le livre III; mais nous voulons nous arrêter quelques instants aux articles 692 à 696 inclusivement. Ces dispositions traitent de titres spéciaux et nécessaires à l'établissement de telles servitudes ; la compétence internationale

s'y rapportant, réclame quelques explications. Il s'agit, dans ces articles, d'une réglementation partielle de ce que nous avons appelé régime des biens; ils nous semblent fournir des exemples de cas où le statut des faits juridiques se trouve dominé par un statut supérieur qui l'attire dans sa propre compétence. Il faut les étudier sous cet aspect spécial qui présente un grand intérêt pour notre doctrine.

Les articles 692, 693 et 694 ont soulevé, dans le domaine du droit interne, de très graves difficultés que nous ne devons pas aborder actuellement; nous ne pouvons nous occuper ici, que de questions internationales.

Malgré la controverse qui s'est élevée sur ces articles, le sujet dont ils s'occupent peut être considéré comme rentrant sous la dénomination commune de destination du père de famille. Il est, dans tous les cas, prudent de le faire ici, pour ne rien préjuger sur les questions débattues en droit interne.

L'article 692 porte: « La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes. »

L'article 693 dit quand il y a destination du père de famille.

L'article 694 ajoute: « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.

Cette disposition s'écarte des deux précédentes, en ce qu'elle ne parle pas spécialement de servitudes continues et apparentes, et n'exige comme condition qu'un signe apparent de servitude. Cette circonstance, qui a provoqué la controverse mentionnée plus haut, ne semble pas avoir d'importance en droit international. Les trois articles ont un caractère commun qui nous paraît essentiel : ils supposent des fonds réunis en mains d'un seul et même propriétaire et, par conséquent, libres, en droit, de servitudes respectives (Code civil, article 705). Si, par vente, partage ou autrement, ces fonds sont divisés entre plusieurs propriétaires, les charges dont certaines parties paraissent affectées, en fait, pour le service d'autres parties, sont censées devoir être maintenues, et se convertir en vraies servitudes, par le fait de la division.

C'est là un fait juridique désigné comme titre, dans l'article 694 : la vieille règle *Locus regit actum* sera-t-elle applicable et dans quel sens le serait-elle ?

Il ne s'agit pas de formalités extérieures, mais bien d'une disposition légale statuant sur le fond du droit. Prise en elle-même et telle qu'elle se présente, cette disposition ne se préoccupe, bien certainement, que d'immeubles situés en France.

La compétence législative ne peut soulever aucun doute en cette matière : c'est la loi de la situation des fonds qui doit prédominer. Mais, cette règle n'est pas d'ordre public. La volonté individuelle peut s'en écarter et recevoir elle-même l'influence d'une loi étrangère : il

faut se demander quelle serait l'importance du fait que l'acte serait intervenu à l'étranger.

Nous ne pensons pas qu'on doive s'arrêter aux articles 1135, 1159 et 1160, qui semblent faire prédominer ce qui est d'usage dans le pays où l'acte est passé.

1° Les lois de cette nature ayant pour objet la réglementation du régime des biens sur le territoire, n'ont généralement pas la prétention d'étendre leurs effets à l'étranger. Les parties n'ont pas dû s'attendre à une telle extension s'opérant de plein droit. C'est à la loi de la situation des biens qu'elles devraient être censées avoir voulu se soumettre, parce que c'est elle qui se présente le plus naturellement comme compétente.

2° C'est un cas où le statut des faits juridiques se trouve absorbé dans le statut réel qui est revêtu, par la force des choses, d'une compétence plus directe et supérieure, d'ailleurs sanctionnée par le § 2 de l'article 3 du Code civil.

Nous croyons pouvoir conclure de ce qui précède, que les règles du Code civil en matière de destination du père de famille, doivent être suivies, aussi longtemps qu'il n'est pas suffisamment justifié d'une volonté contraire, énoncée par les parties intéressées. Toutes dues réserves doivent être faites quant aux moyens de preuve auxquels il sera permis de recourir dans les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

M. Laurent fait intervenir, ici, son statut de l'autonomie des parties. Voici dans quels termes il s'exprime (t. VII, p. 378) :

« Reste à savoir quel statut régit la destination du père de famille. Ce que je viens de dire répond à la question. La destination étant une convention tacite, que la loi assimile à une convention expresse, le statut est le même, puisque le fait juridique est le même. Donc, ce mode d'établissement des servitudes dépend de l'autonomie des parties. Les parties peuvent déclarer qu'elles ne veulent pas qu'une servitude naisse de la destination; leur volonté fera loi.

« Cela est très important dans le cas où les contractants sont des étrangers régis par une loi personnelle qui n'admet point la destination du père de famille. Y aura-t-il, dans ce cas, servitude, si les parties maintiennent la destination? C'est une question de volonté; le juge doit rechercher quelle a été leur intention, d'après les circonstances de la cause; le fait que les contractants sont étrangers sera d'un grand poids dans la décision de cette question *si difficile :* s'il était prouvé que les parties ne reconnaissaient pas la loi française, il ne pourrait être question de l'établissement d'une servitude, car elles ne peuvent pas vouloir ce qu'elles ignorent. »

Il y a beaucoup de vrai dans l'exposé qui précède; mais les conséquences qui en sont tirées nous semblent exagérées :

1° L'autonomie des parties est soumise à la condition d'exprimer une volonté contraire à la règle édictée. Il n'est pas admis, sans motif grave, d'autre convention tacite que celle qui est censée adopter cette règle.

2° Celle-ci s'applique indistinctement dans tous les

cas où il s'agit d'immeubles situés en France (Code civ., article 3, § 2).

3° Nous nous demandons, en outre, si elle ne peut pas s'appuyer, au besoin, sur le § 1er de cet article.

Les dispositions dont il s'agit ont eu pour but de trancher une question qui se présente assez naturellement à l'esprit. Il importe à la sécurité des transactions, que de telles questions soient résolues. On ne peut admettre la possibilité de faire abstraction d'une règle aussi protectrice. M. Laurent nous semble s'engager trop avant dans cette voie : il paraît tout abandonner à l'appréciation du juge. Il ne dit ni à quels genres de preuves il faut recourir, ni ce qu'il faudrait faire si les parties avaient ignoré la loi de leur patrie, aussi bien que celle de la situation des fonds.

On pourrait également parler de l'autonomie des parties intéressées au sujet des articles 671, 672, 675 et suivants, qui traitent des distances auxquelles des arbres peuvent être plantés et des jours ouverts près d'une propriété voisine. Ce sont là des dispositions qui n'intéressent ni la sécurité de l'Etat, ni les grands principes de l'ordre social, moral ou religieux ; il est, en conséquence, permis de s'en écarter par des stipulations librement consenties.

Le droit d'édicter des règles dont il est permis de s'écarter par un accord de volonté, n'en conserve pas moins une grande importance, et ce droit rentre, par la nature des choses, sous la compétence de la souveraineté territoriale.

C'est à cette souveraineté qu'il incombe de rechercher, en telle matière, quel mode de vivre paraît devoir être généralement observé dans l'intérêt commun des propriétaires voisins, quand il y a lieu d'édicter des règles absolues, ou de permettre de s'en écarter par des actes de volonté individuelle.

Les règles facultatives constituent un droit commun qu'il n'est pas sans utilité d'organiser au mieux; elles contribuent largement à faire régner l'ordre et la sécurité dans le régime territorial des biens, tout en laissant à la volonté individuelle la possibilité de satisfaire à des exigences plus ou moins exceptionnelles.

L'article 695 est ainsi conçu : « Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi. » Cette disposition a pour but de garantir le propriétaire actuel contre les effets d'une reconnaissance émanant d'un ancien propriétaire. C'est bien là une de ces mesures de police et de sûreté mentionnées dans le § 1er de l'article 3 ; un acte fait à l'étranger, en pays où il n'y aurait pas de disposition semblable, ne pourrait y porter aucune atteinte.

L'article 696 dit « qu'en établissant une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. » Cette disposition provoque des observations analogues à celles que nous avons présentées au sujet des articles 692 et suivants. Il y a là, d'ailleurs, une de ces règles banales qui appartiennent à la logique autant qu'au

droit et peuvent, facilement, être considérées comme rentrant dans la procédure. Envisagée sous ce double aspect, cette règle doit être suivie, si l'on ne justifie pas que les parties intéressées ont voulu s'en écarter.

123. — On peut dire, en résumant ce qui précède, au sujet des droits qui font l'objet de ce chapitre, que, considérés en eux-mêmes, en ce qui a trait à leur nature et à la manière dont ils s'exercent, on ne doit pas s'attendre à voir s'y produire l'influence de lois étrangères, dans tous les cas où il s'agit de fonds immobiliers.

Une telle influence ne peut s'y exercer que par l'intermédiaire des deux autres statuts. Nous avons déjà dit que, par la nature des choses, les dispositions législatives se rapportant à la réglementation de tels droits, sont locales comme les choses et les intérêts dont il s'y agit.

Les rapports qui s'établissent entre ces droits divers sont tellement intimes et si compliqués, qu'ils réclament impérativement l'unité de législation. L'usufruit et la nue-propriété ne sont que les démembrements d'un seul et même droit, constamment tenus en présence l'un de l'autre. La servitude, active ou passive, nous présente deux fonds dont l'un se trouve soumis au service de l'autre. La mitoyenneté n'est que la combinaison, la plus complexe et la plus étroite, des droits de propriété et de servitude, agissant simultanément sur un seul et même fonds, dans le but d'économiser les frais et l'espace. Il y a plus : pris isolément ou dans leurs rapprochements divers, ces mêmes droits n'appartiennent pas toujours à un seul et même titulaire, ce qui peut facilement devenir

un élément de désordre. Ces considérations font ressortir l'absolue nécessité de soumettre cet ensemble d'éléments à une seule et même loi qui doit les dominer et les maintenir en ordre. La souveraineté locale n'est-elle pas naturellement désignée pour édicter cette loi ?

Il reste à rechercher, toutefois, quelle peut être, en cette matière, l'influence de ce qu'on appelle ordre public restrictif.

Nous avons distingué deux genres d'ordre public. L'un fait la part de la loi territoriale et des lois étrangères, l'autre fait celle de la loi et de la volonté individuelle. Le premier semble n'avoir pas à intervenir en pareille matière, la nature des choses excluant l'idée d'une influence et même d'une prétention qui devraient s'exercer au delà des frontières. Le second intervient, au contraire, fort souvent et suffit pour repousser, au besoin, les prétentions d'étrangers qui voudraient imposer leur loi nationale par des actes de leur volonté individuelle.

124. — On désigne sous la qualification de propriété littéraire, artistique, industrielle et commerciale, un ensemble considérable de droits assez divers, mais ayant, cependant, un caractère commun : pris dans leur ensemble, ils ont pour but de favoriser le développement des divers genres d'activité qui en sont les objets. Il s'agit, pour atteindre à cet but, d'assurer à cette activité les émoluments qu'il semble juste de lui attribuer, tout en tenant compte de la nature des choses et de l'intérêt social.

C'est autour de cette idée générale que l'on voit se

grouper les droits d'auteur, les privilèges attachés aux brevets d'invention, les avantages résultant de l'achalandage, la protection donnée aux marques, enseignes ou dénominations se rapportant au commerce ou à l'industrie.

Ce vaste sujet, qui occupe une place intermédiaire entre le droit public et le droit privé, entre le droit pénal et le droit civil ou commercial, ne peut entrer dans notre plan. Il repose sur un grand nombre de documents, dont les plus importants, en ce qui a trait à notre doctrine, se rattachent à la diplomatie.

On comprend de plus en plus, que le déploiement de telles activités doit être considéré comme dérivant du droit naturel, et que l'intérêt bien entendu des nations doit les pousser à s'aider plutôt qu'à s'entraver réciproquement dans ce grand mouvement social.

LIVRE III.

DES FAITS JURIDIQUES SE RAPPORTANT AUX DROITS DE FORTUNE.

INTRODUCTION.

125. — Les faits juridiques nous ont généralement occupé jusqu'ici d'une manière occasionnelle et plus *ou* moins indirecte. Nous abordons, maintenant, l'étude d'une rubrique dans laquelle ils sont traités d'une manière principale et directe.

Ce n'est pas encore le temps de résumer les idées générales qui peuvent les dominer dans leur ensemble; ce que nous en avons dit, peut suffire comme direction : ce n'est que plus tard que nous pourrons nous expliquer d'une manière définitive sur ce sujet difficile et trop négligé dans les textes et dans la doctrine.

Le livre III du Code civil est intitulé : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété.* Ce titre laisse beaucoup à désirer et doit être rectifié sur certains points.

Le mot de propriété doit s'y entendre des droits de fortune ; et le mot acquérir doit y être pris comme signifiant tout mouvement qui s'opère dans ces droits. Ce qui est perte ou aliénation pour l'une des parties, est le plus

souvent gain ou acquisition pour l'autre. Les cas de perte pure et simple sont rares.

Les dispositions générales placées en tête de ce livre, dans les articles 711 à 717, sont destinées à servir d'introduction ; elles se rapportent au droit interne plus qu'au droit international. Nous n'avons pas à nous en occuper ici. Nous y reviendrons, s'il y a lieu, dans les questions de détail.

L'ordre suivi par les rédacteurs du Code nous servira généralement de direction, sauf à y introduire quelques modifications jugées nécessaires.

CHAPITRE Ier.

De la succession héréditaire et légale.

126. Nature générale de ce droit en France. — 127. Qualités requises pour succéder. — 128. Preuves ou présomptions de survie. — 129. Liberté d'accepter ou de refuser une succession. — 130. Formes, modalités et présomptions se rapportant à l'exercice de cette liberté. — 131. Moyen de recourir contre un acte consommé. — 132. Successions non ouvertes, vacantes ou bénéficiaires. — 133. Demande en partage et retrait successoral. — 134. Rapports et réserve légale. — 135. Paiement des dettes et séparation des patrimoines. — 136. Effets de l'acte de partage et rescision dont il est susceptible. — 137. Loi du 11 juillet 1819. — 138. Traité franco-suisse du 15 juin 1869.

126. — Quelque pauvre qu'elle soit, chaque personne se trouve, en droit abstrait, le centre et la base de tout

un ensemble de droits et de charges qui constitue son patrimoine durant sa vie, et sa succession héréditaire après sa mort.

Nous avons déjà vu que ce sujet rentre, en principe, dans le statut réel, suivant les bases consacrées dans le Code civil. La succession légale est régie par la loi de la situation, en matière immobilière [1] ; et par la loi du domicile, situation fictive ou juridique, en matière mobilière [2].

C'est la loi territoriale qui prédomine en cette matière; mais ce n'est qu'en tant que posant les bases suivant lesquelles la répartition doit se faire. Nous avons déjà vu que cette répartition doit, généralement, se faire d'après les rapports de famille qui existaient entre certaines personnes et le défunt.

Ces rapports rentrent, bien certainement, dans le statut personnel. Il y aura, par conséquent, concours, et possibilité de conflits, entre les deux principaux statuts ;

[1] Code civil, article 3, § 2. Voir spécialement l'arrêt de rejet du 4 avril 1881 ; veuve John Lesueur contre Mauchien, Dalloz, 1881, I, p. 380 et les références. Le principe ne pouvait être contesté en droit positif ; ce qui soulevait quelque doute, c'était la nature du douaire réclamé par la veuve.

[2] Ces questions ont été étudiées sous toutes leurs faces, dans le procès soulevé par la succession d'un sieur Forgo, Bavarois, décédé en France, sans y avoir eu un domicile autorisé, conformément à l'article 13 du Code. Ce procès qui a duré près de dix ans, a été, croyons-nous, terminé par un arrêt de la Cour de Toulouse du 20 mai 1880; Dalloz, 1881, II, p. 93, cause Ditschl contre l'Administration des domaines.

il faut s'efforcer de faire à chacun la part qui lui revient effectivement.

Des complications peuvent également naître de faits juridiques se produisant en cette matière. Ces faits se présentent sous trois aspects différents, selon qu'ils restent soumis aux règles qui leur sont propres, ou qu'ils se trouvent plus ou moins dominés par l'un ou par l'autre des deux statuts principaux.

127. — Nous avons vu que l'état civil des étrangers doit être apprécié d'après leur loi nationale, quant aux rapports de famille qui existaient entre eux et le défunt: faudra-t-il s'arrêter également à cette loi, quant aux autres qualités exigées pour prendre part à la succession?

Nous croyons qu'il faut distinguer entre les incapacités de droit commun, régies par le statut personnel, et les incapacités créées spécialement en vue du droit de succession. Ces dernières font partie de ce droit et se trouvent ainsi revêtues d'un caractère de réalité.

Elles existent dans les choses ou dans les faits, plus que dans les personnes. Cela nous paraît être le cas au sujet des qualités requises par les articles 725 et suivants, dont le premier s'énonce de cette manière :

« Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

« Ainsi, sont incapables de succéder :

« 1° Celui qui n'est pas encore conçu;

« 2° L'enfant qui n'est pas né viable;

« 3° Celui qui est mort civilement. »

Ce sont là des conditions d'une nature spéciale; il s'y

agit d'une question d'existence physique ou juridique; celui qui n'est pas revêtu d'une telle existence peut être considéré comme n'ayant pas d'état civil. De telles conditions créées, en quelque sorte, en vue de la succession, émanent, en fait, de la loi régulatrice de celle-ci, sous la compétence de laquelle elles rentrent naturellement.

Nous voyons se représenter ici les questions que nous avons déjà rencontrées au sujet de la mort civile et des changements qui se sont opérés à cet égard en France. Nous ne pouvons que nous référer à ce que nous avons dit, précédemment, sur cet anéantissement de personnalité juridique, résultant d'une condamnation pénale, d'une loi ou de l'entrée dans les ordres.

Ce sont là des questions d'état qui, prises en elles-mêmes, quant à l'application qui doit en être faite, rentrent en principe dans le statut personnel. La règle énoncée dans le texte fait partie de la loi de succession; elle régit les biens soumis au droit français, mais qu'en sera-t-il des personnes étrangères? faudra-t-il se conformer strictement, en ce qui les concerne, aux rigueurs de leur droit national?

Il y a là des considérations d'ordre public, sur lesquelles les changements intervenus en France doivent nécessairement exercer une influence; il serait difficile, toutefois, d'en fixer les limites en termes absolus.

L'article 726, abrogé par la loi du 14 juillet 1819, n'était qu'une référence à l'article 11, en matière de succession héréditaire; il faisait également partie de la loi régulatrice de celle-ci.

Il faut reconnaître le même caractère à la loi précitée du 14 juillet 1819, dont l'article 1er porte que « les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir, de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du royaume.» Il est bien certain que cette disposition ne s'applique qu'aux successions régies par le droit français. C'est un sujet sur lequel nous reviendrons plus tard.

L'article 727 déclare indignes de succéder, et, comme tels, exclus des successions, ceux qui se sont rendus coupables de certains faits à l'égard du défunt.

Ces actes sont des faits juridiques soustraits aux règles ordinaires du statut qui leur est propre. Ce n'est pas la loi du lieu dans lequel ils se réalisent qui en détermine les conséquences. Dans quelque pays qu'ils soient intervenus, ils ressortiront, quant aux successions régies par le droit français, les effets énoncés dans notre article. La compétence du statut réel se substitue, en telles circonstances, à celle qui dérive, ordinairement, de la vieille règle *Locus regit actum*. La loi régulatrice des successions héréditaires a, bien certainement, le droit d'imposer de telles conditions.

128. — Nous avons déjà vu que pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

Le prétendu héritier se présentera, généralement, lui-même, en personne ou par mandataire, et la difficulté devra se réduire à faire la preuve du décès de la personne dont il réclame la succession ; mais les choses se

compliquent, s'il s'agit d'exercer, dans une succession, des droits provenant d'un tiers dont l'existence n'est pas reconnue, et qu'on prétend avoir été héritier du défunt.

L'article 135 exige que celui qui élève une telle prétention, prouve que la personne dont il veut exercer les droits existait encore au moment de l'ouverture de la succession. L'article 136 ajoute : « S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. »

Ces deux articles paraissent applicables à toute hérédité régie par la loi française, dans quelque lieu que les faits se soient passés, le tout sous la réserve des moyens auxquels on pourra recourir pour en faire la preuve.

Il se peut que plusieurs personnes respectivement appelées à hériter l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première. Les articles 720 et suivants portent que, dans ce cas, la présomption de survie doit être déterminée par les circonstances du fait, et, à leur défaut, par la force de l'âge ou du sexe, suivant certaines règles énoncées plus loin. Nous croyons que ces présomptions sont applicables aux successions régies par la loi française, dans quelque lieu que soient intervenus les faits qu'il s'agit de prouver. Ces règles spéciales paraissent une réglementation du droit de succéder ; le texte et la rubrique ne laissent aucun doute à cet égard. C'est là une dépendance du statut réel régissant ce droit.

La vieille règle *Locus regit actum* conservera, toutefois, son autorité quant à la preuve des faits élémentaires servant de base à la présomption légale, ou fournissant les moyens de s'en passer.

129. — La faculté de refuser une succession ou de l'accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire (Code civil, articles 774 et 775), nous paraît rentrer dans le statut réel ou dans le statut personnel, suivant qu'elle a sa base dans la nature même du droit de succession ou dans l'état ou la capacité des personnes.

Nous n'hésitons pas à placer dans la première catégorie les articles 774 et 775, qui s'énoncent en termes absolus et sans faire aucune distinction quant aux personnes. Les facultés qu'ils accordent sont dans la nature même du droit de succession. Ce droit ne s'impose pas comme une charge qu'il ne serait pas possible d'éviter : nul n'est héritier qui ne veut.

L'article 776 distingue, au contraire, différentes catégories de personnes et se réfère textuellement aux règles de statut personnel précédemment énoncées. La disposition rentre, bien manifestement, dans ce statut. Il en résulte qu'elle suivra les Français à l'étranger, même au sujet de successions qui s'y ouvriraient, et que les étrangers seront, généralement régis, de ce chef, même en France, par leur loi nationale.

130. — Les questions de formes, de modalités et de présomptions se rapportant à l'exercice de cette faculté, doivent également se résoudre par l'analyse des éléments divers qui s'y rencontrent.

1° Une déclaration relative au refus d'une succession ou à la manière dont on entend l'accepter, ne serait pas régulière si elle n'était pas faite en conformité des articles 784, 793 et suivants du Code civil. Des déclarations faites à l'étranger ne sauraient y suppléer; il y a là une mesure de publicité exigée en vue d'un intérêt général, il doit y être strictement satisfait.

La vieille règle *Locus regit actum* est écartée. Le statut des faits juridiques est dominé par le statut réel régissant les successions; ce dernier se trouve même fortifié, dans ce cas, par des considérations d'ordre public.

2° C'est également la loi française qui s'applique rigoureusement au sujet des règles énoncées dans les articles 777 à 782 inclusivement.

Ces articles s'expriment de manière à suggérer l'idée qu'il s'y agit d'une succession régie par le droit français : ils se rattachent comme accessoires aux dispositions réglant le fond du droit. Ils ont, d'ailleurs, leur base principale dans un des principes les plus caractéristiques du droit français : *Le mort saisit le vif*, consacré dans l'article 724 du Code civil; cet ensaisissement crée une position qui doit être acceptée pour ressortir ses effets, mais qui est facilement supposée l'avoir été. Il en résulte, dans tous les cas, une date normale quant aux conséquences qui doivent se produire : c'est par le décès de son auteur que l'héritier se trouve investi des droits et des charges de celui-ci (Code civil, article 718).

Pris en eux-mêmes, ces articles se rapportent, plus ou moins directement, au bon régime du droit de succession,

à la protection et à la conciliation des intérêts divers qui y sont engagés.

Les présomptions légales qui s'y trouvent liées à certains faits, doivent être admises, dans quelque lieu que ces événements interviennent. La preuve des faits servant de bases à ces dispositions doit, semble-t-il, rester soumise à la vieille règle *Locus regit actum.*

Le statut des faits juridiques reprend ici ses droits, parce qu'il s'appuie sur les exigences qui l'ont fait admettre. Il en est de même du statut personnel, en ce qui a trait aux questions d'une telle capacité (argument des articles 776, 781, 782 et 783 combinés). De ces quatre articles, les deux extrêmes se rapportent à la capacité personnelle, les deux autres à une capacité réelle.

C'est encore la loi française régissant la succession, qui doit prédominer au sujet des conséquences résultant d'un acte de renonciation (Code civil, articles 785 à 792 inclusivement). Cet avis s'appuie sur des considérations identiques ou analogues à celles que nous venons de présenter.

La déchéance du bénéfice d'inventaire prononcée par l'article 801, contre l'héritier qui a malversé, doit être applicable dans quelque lieu que ces actes soient intervenus, sous réserve des règles ordinaires en matière de preuves quant aux faits qui seraient invoqués. C'est une mesure de protection rentrant, comme accessoire, sous l'empire de la loi qui réglemente la succession.

131. — L'article 783 donne, au majeur, la faculté de se délier, dans certains cas, des engagements qu'il a contractés en acceptant une succession. Tout semble con-

duire à penser que l'état de majorité doit être apprécié suivant les règles ordinaires du statut personnel: le texte s'exprime en termes généraux et rien ne tend à faire admettre qu'il ne s'agit ici que de la majorité fixée par la loi française. La règle consacrée par cet article, quant au fond du droit, s'applique à toute succession régie par le Code civil. Il en est de même de la règle énoncée en l'article 790, permettant de revenir sur un acte de renonciation.

Ce sont là des dispositions qui, par le texte qui les énonce, et par les rubriques sous lesquelles elles sont placées, se rapportent spécialement au droit de succession dont elles font, en quelque sorte, partie intégrante. Elles s'appliquent aux valeurs soumises à la loi française régissant ce droit; cette compétence leur est d'autant plus légitimement attribuée, qu'elles ont pour but de réglementer le régime des biens sur un point qui intéresse la société tout entière.

On se demande comment il faut combiner cet article 790, qui s'exprime en termes généraux, avec l'article 462 qui, placé sous la rubrique *De l'administration du tuteur*, énonce une règle analogue, formulée de manière à démontrer qu'il s'y agit de mineurs français; on peut être tenté de voir un double emploi, dans une telle combinaison. Ce serait une erreur, chacun de ces articles a son champ d'application dont les limites semblent faciles à déterminer. L'un contient une règle générale appartenant au statut réel, applicable aux étrangers comme aux nationaux, quant à tous les biens dont la transmission est régie par la loi française; l'autre ne

s'applique qu'aux Français; mais il n'y a pas lieu de distinguer, en ce qui les concerne, entre les successions régies par le droit national ou par un droit étranger. C'est un effet de la minorité.

Si l'on remarquait des différences entre les deux textes, il faudrait s'arrêter, en principe, à chacun d'eux, renfermé dans les limites de sa compétence. Nous croyons, toutefois, qu'il serait permis de les interpréter l'un par l'autre, dans les limites de ce qui serait conforme à la nature des choses. L'article 462, qui ne parle pas de prescription, peut être complété sur ce point par l'article 790, en se conformant, d'ailleurs, aux règles spéciales aux mineurs.

132. — Toute stipulation et tout engagement se rapportant à une succession qui n'est pas encore ouverte, sont rigoureusement prohibés, en principe, par les articles 1130, 791, 1600 et autres. Divers genres de motifs peuvent être invoqués pour justifier ces règles. Disposer de la succession d'une personne qui vit encore a pu sembler immoral. Il est aussi possible qu'on ait trouvé convenable de ne pas autoriser des engagements dont les effets sont par trop aléatoires, et que l'on ait redouté, soit les illusions, soit les attraits passionnés qui peuvent si facilement intervenir en telle matière, soit les entraves que tels engagements doivent nécessairement apporter à la libre disposition et à la libre administration des biens qui en ont été l'objet [1].

[1] Voir, sur les motifs invoqués devant le Corps législatif, Locré, *Législation civile*, sous l'article 791.

Quelles que soient les explications que l'on adopte de préférence, il est certain qu'il y a là des dispositions d'ordre public : l'accord des parties ne suffirait pas pour valider de pareilles conventions, déclarées impossibles, comme contraires à la loi ; mais, dans quelles limites se renferme l'autorité de cette loi ? quelle en est la véritable portée ?

Les règles qu'elle édicte ne s'imposent, directement, qu'à ses fonctionnaires et à ses magistrats : nous ne devons, par conséquent, nous préoccuper que de contestations engagées en France.

Il peut s'agir d'actes intervenus sur un territoire étranger dont la loi ne porte pas de telles prohibitions; ces actes peuvent avoir pour objet une succession régie par la loi française ou une succession rentrant sous une compétence étrangère. Il se peut, qu'intervenus en France, ils se rapportent à une succession étrangère. Que décidera-t-on dans ces diverses hypothèses ?

Il nous semble, en premier lieu, qu'en droit positif français, ces prohibitions pourraient difficilement être considérées comme rentrant dans le statut personnel. L'incapacité dont il s'agit peut exister dans l'acte même, ou dans la chose à laquelle cet acte se rapporte ; mais, elle n'est pas dans la personne : c'est ce qu'on appelle souvent une incapacité réelle. Il en résulte que le statut personnel des parties doit être considéré comme n'ayant pas d'importance en pareille matière. On doit le considérer comme étant hors de cause.

Les actes intervenus à l'étranger, sur un territoire où

il n'existerait aucune prohibition de ce genre, ne sauraient, quelle que soit la nationalité des parties, ressortir leurs effets en France, ni sur des biens impliqués dans une succession française. L'article 3, §§ 1 et 2, leur serait opposable et les frapperait de nullité, en matière immobilière. Il faudrait, quant au patrimoine mobilier, s'arrêter à la loi du dernier domicile occupé par le défunt [1].

Il se présente, cependant, une difficulté qui dérive de la nature des choses et de l'objet le plus direct de ces dispositions. On ne peut, généralement pas savoir, au moment où de tels engagements sont formés, et même au moment où s'ouvre le procès qu'ils provoquent, par quelle loi sera régie la succession qui en fait l'objet. Cette indécision existe, même en matière immobilière, parce que la loi peut changer, soit quant au fond, soit quant à la compétence. L'incertitude dure nécessairement jusqu'au décès; quel sera le sort de ces actes pendant ce temps de doute?

Nous croyons qu'ils ne pourraient ressortir aucun effet en France : on ne saurait les prendre en considération, sans causer une perturbation profonde dans le régime des biens soumis à la loi française.

Cette solution paraît applicable, à plus forte raison, quand il s'agit d'actes intervenus sur le territoire français; mais, quelle en doit être la véritable portée?

[1] Voir, sur ces questions, Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 543, n° 300.

S'il ne faut s'arrêter qu'aux considérations d'ordre public se rapportant au régime des biens, il semble que les tribunaux devraient se contenter de mettre ce régime des biens, soumis à la loi française, à l'abri de toute atteinte provenant de tels actes: les déclarer nuls en termes absolus, semblerait dépasser les limites de la compétence française. On pourrait les déclarer de nul effet en France et sur les biens régis par la loi française.

Il y a, cependant, un cas où la question d'ordre public international se poserait dans des conditions différentes. Il peut exister, sur le territoire français, des valeurs mobilières dépendant d'une succession régie par une législation étrangère, parce que le défunt avait son domicile à l'étranger, par exemple. Suivant les règles ordinaires du droit international, les tribunaux français devraient prêter leur ministère à l'application de la loi compétente: la dissidence des deux lois serait-elle un motif suffisant de s'arrêter au droit français? Dans quelle mesure devrait-elle être prise en considération, dans une telle conjoncture?

Nous ne pensons pas qu'on puisse répondre, en termes absolus: les tribunaux devraient, croyons-nous, rechercher, dans chaque cas, si l'application de la loi étrangère pourrait porter véritablement atteinte aux intérêts sociaux et moraux que la loi française a voulu protéger.

Il y a là un devoir international à remplir, on ne peut s'en dispenser que pour des motifs graves. On a, certainement, abusé fort souvent des pactes de famille sous l'ancien droit, mais ils ne sont pas nécessairement im-

moraux d'une manière absolue ; ils peuvent souvent rendre de bons et loyaux services, ils ont même été conservés partiellement par le droit nouveau, et les exigences de la pratique font quelquefois regretter qu'on leur ait imposé des conditions trop rigoureuses. Les textes réglementant ce sujet supposent, d'ailleurs, qu'il s'agit d'une succession régie par le droit français.

L'un des éléments les plus graves à prendre en considération sera, toujours, la question de savoir si le sort de la succession peut être considéré comme définitivement fixé; parce que, dans ce cas, les principaux dangers du système, au point de vue social, semblent écartés, ou manifestes.

Nous aborderons, plus tard, les exceptions faites aux règles prohibitives que nous venons d'étudier.

Les successions vacantes et bénéficiaires revêtent, encore plus complètement que les autres, un caractère de territorialité, si on les considère comme formant une sorte de personnalité juridique, dont l'existence se rattache au lieu de l'ouverture, et se trouve ainsi plus dégagée des liens du statut personnel propre à l'héritier dont les biens ne se confondent pas avec ceux du défunt. Le § 2 de l'article 802 porte que l'effet du bénéfice d'inventaire donne à l'héritier l'avantage de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances. Les règles qui s'y rapportent n'ont, d'ailleurs, été édictées qu'en vue des successions régies par

la loi française. Il est cependant impossible d'éviter toute combinaison avec d'autres lois.

Si l'héritier bénéficiaire est étranger, il faut lui faire l'application de sa loi nationale, en ce qui a trait à son état et à sa capacité. Les procédures diverses mentionnées dans nos articles, devront se faire d'après la loi territoriale du pays où elles interviendront. Les biens situés hors de France pourront y être engagés dans les liens de droit étranger qu'il faudra respecter, soit qu'il s'agisse de droits individuels, ou de mesures intéressant la sécurité générale. Il en serait de même au sujet de biens situés en France et dépendant d'une succession régie par un droit étranger.

133. — De nombreuses complications se présentent au sujet du partage. Nous ne devons nous en occuper ici, qu'en ce qui a trait aux successions héréditaires, en suivant, autant que possible, l'ordre adopté par le Code. Nous traiterons plus tard de ce qui se rapporte à la communauté de biens entre époux et à la société.

L'article 815 s'énonce de la manière suivante : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires.

« On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité : cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans, mais elle peut être renouvelée. »

La disposition que nous venons de transcrire doit être considérée comme essentiellement territoriale ; elle

est d'ordre public interne et international, parce qu'elle tient au régime des biens. Elle rentre sous l'application du § 1er de l'article 3 du Code civil et doit être respectée, quelle que soit la loi régissant la succession quant au fond, et quelle que soit la nationalité des héritiers.

Il en est de même de l'article 816, qui n'est qu'un développement de celui qui précède. Des réserves doivent être faites au sujet de la loi qui régit la possession en matière mobilière; c'est encore là un sujet qui est essentiellement territorial.

L'article 817 porte que « l'action en partage, à l'égard des cohéritiers mineurs ou interdits, peut être exercée par leurs tuteurs, spécialement autorisés par un conseil de famille.

« A l'égard des cohéritiers absents, l'action appartient aux parents envoyés en possession. »

Il faut voir dans cet article une double référence au statut personnel et à la loi compétente au sujet de l'absence. Il pourrait se faire, qu'à ce dernier égard, on dût recourir à un droit étranger, si celui-ci considère ce sujet comme rentrant dans le statut personnel. Il ne s'agirait alors que de la représentation de l'absent. Ce sujet semble assez naturellement régi par la loi nationale, si celle-ci se prononce dans ce sens.

L'article 818 dit quelle doit être la position du mari dans le partage de biens échus à sa femme, selon que ces biens tombent ou non dans la communauté. Il s'agit, bien certainement, ici d'époux mariés sous un régime réglementé par la loi française. Il se pourrait

qu'il en fût autrement, nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous dirons plus tard, sous la rubrique spécialement affectée à cette matière.

Les articles 819 à 839 sont consacrés à de nombreux détails qui appartiennent, généralement, à la procédure; il s'y mêle cependant quelques dispositions d'une nature plus ou moins différente. Nous signalerons, spécialement, les articles 826, 827, 832, 833 et 842, qui appartiennent au fond, plus qu'à la procédure; ils semblent, toutefois, ressortir au droit territorial, comme se rapportant au régime des biens. Il faudrait, croyons-nous, s'arrêter à ce droit, même dans les cas où la succession serait régie par une loi étrangère. Le § 1er de l'article 3 semble applicable.

Les articles 829 et 830, qui traitent du rapport, doivent se combiner avec les articles 843 et suivants, sur lesquels nous reviendrons plus tard.

Les articles 838, 839 et 840 sont fortement empreints de statut personnel, quant aux mineurs et aux interdits; il peut en être de même au sujet des absents, comme nous l'avons déjà dit.

L'article 841 s'exprime ainsi : « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. »

C'est là ce qu'on appelle le retrait successoral. Il serait difficile d'y voir une disposition de procédure; c'est un

droit qui tient au fond ; mais on peut hésiter en ce qui a trait à la compétence, entre la loi régulatrice de la succession et la loi plus strictement territoriale se rapportant au régime des biens. Il y a beaucoup à dire dans un sens et dans l'autre; nous croyons, toutefois, que c'est au dernier qu'il faut s'arrêter de préférence. Les travaux préparatoires sont très succincts sur les motifs de cet article ; nous croyons, cependant, qu'on peut s'arrêter à ce qu'en a dit M. Chabot (de l'Allier), dans le rapport qu'il fit au Tribunat, le 7 germinal an XII (16 avril 1803) :

« Les étrangers qui achètent des droits successifs apportent presque toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages. Le projet de loi donne le moyen de les écarter..... Il est de l'intérêt des familles qu'on n'admette point à pénétrer dans leurs secrets, et qu'on n'associe point à leurs affaires, des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires, et que les lois romaines dépeignaient si énergiquement par ces mots: *Alienis fortunis inhiantes.* » Ces paroles ne conduisent-elles pas à faire, à cet article, l'application du § 1er de l'article 3 du Code : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire? » Ajoutons que, sans être une disposition de procédure, cet article suppose une action se produisant sur le territoire et qu'il n'apporte aucun changement à la distribution des biens. Ce n'est qu'une mesure de protection.

134. — Les rapports qu'il faut faire à la succession et les réductions qu'il faut subir pour que la quotité dispo-

nible ne soit pas dépassée font, comme nous l'avons dit, l'objet des articles 829, 830, 843 et suivants. Il faut distinguer deux catégories de dispositions se rapportant à ce sujet, quant au fond du droit.

La première a pour but de fixer les principes régulateurs de cette matière, de dire quand, et dans quelle proportion, le rapport ou la réduction doivent s'opérer; elle rentre, par la nature des choses, sous la compétence de la loi régulatrice de la succession.

La seconde est appelée à dire comment ces principes doivent recevoir leur application, de manière à concilier, autant que possible, les divers intérêts qui se trouvent en présence et à satisfaire aux exigences d'un bon régime des biens. Elle doit ressortir, comme telle, au droit territorial.

Les formes qui doivent être observées dans le cours du procès, appartiennent à la procédure et rentrent aussi dans le droit local.

Ces distinctions doivent se faire d'après les indications fournies par les textes et par la nature des choses.

Il semble qu'en s'appuyant sur ces bases, on doive classer, dans la première de ces catégories, les articles 829 et 843 à 857 inclusivement. Les articles 830, 866 et suivants paraissent appartenir à la seconde, en tant qu'intéressant le régime des biens et la sécurité générale des transmissions qui peuvent s'y opérer. Il y a là des intérêts locaux rentrant, par la nature des choses, dans la compétence du droit territorial (Code civil, § 1er de l'article 3).

Les dispositions relatives à la réserve doivent nécessairement être complétées par celles qui se trouvent sous la rubrique spéciale consacrée à ce sujet. Nous y reviendrons sous cette rubrique.

135. — Le paiement des dettes grevant les successions héréditaires soulevait, sous l'ancien droit, d'inextricables difficultés, vrai cauchemar pour les jurisconsultes.

Bien des causes contribuaient à ce résultat. Le sol se divisait en un grand nombre de territoires, dont chacun se trouvait régi par un droit spécial et strictement territorial, de telle sorte que par suite d'un seul décès, on voyait s'ouvrir autant de successions distinctes que le défunt laissait d'immeubles situés en pays différents. L'idée d'une propriété familiale, faisait distinguer entre les propres, les acquêts et les meubles, au sujet des dettes. La grande difficulté de constater la provention des meubles, les faisait, généralement, assimiler aux acquêts et les dettes contractées par le défunt pesaient, naturellement, sur ces deux dernières catégories de biens qui formaient sa fortune vraiment personnelle.

Si nous cherchons à nous rendre compte de l'état actuel du droit français, en cette matière, voici le résultat auquel nous sommes conduit :

Toutes les anciennes distinctions provenant du droit coutumier sont abolies : elles ont été remplacées par le principe d'unité qui caractérisait le droit romain ; l'article 732 du Code civil porte cette disposition remarquable : « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession. »

Toute succession se compose de deux parties étroitement unies l'une à l'autre, l'actif et le passif. La loi qui statue sur l'une de ces parties semble naturellement appelée à statuer sur l'autre; nous dirons donc que les dispositions du Code réglementant ce qui tient au paiement des dettes, sont applicables à toute succession régie par le droit français.

D'après ce que nous avons dit ci-dessus, l'on doit en reconnaître deux catégories :

1° Tout immeuble situé sur le territoire est soumis au droit français, quant à sa transmission héréditaire, quels que soient le domicile et la nationalité du défunt et de ses héritiers.

2° La fortune mobilière délaissée par une personne morte ayant son domicile en France, est régie par le droit français, quelle que fût la nationalité du défunt, quels que soient le domicile et la nationalité de ses héritiers et la situation effective de ses valeurs.

La première de ces solutions repose sur les termes mêmes du § 2 de l'article 3 du Code civil. La seconde résulte de ce que nous avons dit plus haut sur la compétence en matière de patrimoine mobilier ; elle se trouve consacrée, comme nous l'avons déjà vu, par une doctrine et une jurisprudence solidement établies[1].

[1] Voir spécialement les arrêts divers intervenus dans le procès Forgo, cité ci-dessus, page 410. Voir, quant aux immeubles, l'arrêt Stewart, rendu le 14 mars 1837; *Journal du palais*, 1837, t. I, p. 221.

Ce que nous venons de dire se rapporte à ce qu'on peut appeler droit interne de la France. Ajoutons, toutefois, que toutes les dispositions insérées dans le Code, sous la rubrique *Du paiement des dettes*, ne supposent pas, nécessairement, une succession régie par le droit français. Il faut distinguer celles qui se rapportent directement au droit de succession, de celles qui rentrent dans la procédure ou dans le régime des biens, et qui doivent être appliquées, même dans les cas où il s'agit d'une succession ressortissant à une loi étrangère. Nous croyons qu'il faudrait classer dans cette seconde catégorie les articles 872, 875, 877, 881 et 882. Nous reviendrons sur les articles 878 à 880, traitant de la séparation des patrimoines. Ce sont là des règles qui semblent rentrer directement sous la compétence de la loi française, comme loi territoriale.

Le droit international dépend, d'ailleurs, fort souvent, des législations étrangères et de la manière dont elles se combinent avec le droit français.

Le principe de réciprocité dont nous avons parlé précédemment, conduit bien à reconnaître que la France est, en quelque sorte, engagée à respecter chez les peuples étrangers, les principes qu'elle adopte pour elle-même et dont elle désire l'observation hors de son territoire ; mais il est bien certain qu'elle ne peut pas avoir la prétention de les imposer hors de ses frontières.

Nous avons déjà vu qu'il règne, en cette matière, une grande diversité ; on peut s'arrêter à la loi de la patrie ou à celle du domicile, sans distinguer entre les meubles

et les immeubles ou rester plus ou moins fidèles aux errements traditionnels.

Les difficultés qui s'élevaient sous l'ancien droit au sujet du paiement des dettes, se représentent, bien que diminuées par l'unité du droit qui tend, de plus en plus, à se former dans chaque Etat. Des conventions diplomatiques peuvent seules les écarter d'une manière plus complète. Le principe qui doit servir de base à de telles conventions, consiste en une proportionnalité aussi exacte que possible, entre les avantages et les charges qui doivent résulter de la succession, ou des successions, dérivant d'une seule et même personne. Il faut en revenir, autant que possible, au principe d'unité.

La séparation des patrimoines est un droit en vertu duquel les créanciers d'une succession peuvent empêcher la confusion qui devrait s'opérer entre les biens dépendant de cette succession et le patrimoine de l'héritier. Ce droit aboutit à conférer, au créancier qui en fait usage, la faculté d'être payé sur les valeurs délaissées par le défunt, par préférence aux créanciers de l'héritier.

Il nous paraît certain que, suivant les principes du droit français, il n'est pas possible de parler ici de statut personnel : il n'y a rien, dans le recours à ce droit, qui agisse sur l'état et la capacité des personnes. Il n'y est question que de biens, c'est-à-dire de simples choses. Il n'importe qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles : nous avons déjà vu que le patrimoine mobilier rentre dans le statut réel, parce qu'il est considéré comme fixé et concentré au lieu du domicile.

On ne peut hésiter, en droit positif français, qu'entre deux lois : celle qui régit la succession et celle qui réglemente le régime des biens sur le territoire. Nous croyons que c'est à cette dernière qu'il faut s'arrêter.

La séparation des patrimoines a sa base dans les articles 2092 à 2094 du Code civil, exposant et développant ce principe que celui qui s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

Le but de l'institution est de conserver aux créanciers de la succession les droits qu'ils avaient sur le patrimoine du défunt, sans être tenus de concourir avec les créanciers des héritiers.

L'article 2111 ajoute : « Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'article 878, au titre *Des successions*, conservent, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilège sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ses biens, dans les six mois, à compter de l'ouverture de la succession.

« Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet, sur ces biens, par les héritiers ou représentants, au préjudice de ces créanciers ou légataires. »

On peut discuter sur la véritable portée du mot *privilège*, employé dans cette disposition ; mais, il n'en est pas moins certain qu'il y a là un droit de préférence

affectant les immeubles qui en sont l'objet et les rendant plus ou moins indisponibles pendant six mois.

Il nous est impossible de voir autre chose, dans ce procédé, qu'un genre de saisie et d'exécution sur les biens, sujet qui nous semble rentrer naturellement sous la compétence de la loi territoriale (Code civil, article 3, § 1).

Nous croyons devoir tirer de ce qui précède les conclusions suivantes : 1° Les dispositions du Code se rapportant à la séparation du patrimoine, s'appliquent, sur le territoire français, même aux biens dépendant d'une succession régie par une loi étrangère. 2° L'autorité dont elles sont revêtues ne dépasse pas la frontière. 3° Il semble n'être dans la compétence d'aucune loi étrangère d'exercer une telle influence sur le territoire français.

Il nous serait impossible d'adopter, sur ce point, l'avis de M. Laurent, qui voit dans la séparation du patrimoine un droit rentrant dans le statut personnel, en tant que se rapportant aux obligations contractées par le défunt. Cela ne nous semble pas seulement contraire aux principes de droit positif français ; nous croyons, de plus, qu'une telle doctrine serait bien difficile à justifier en théorie spéculative, comme nous ne tarderons pas à le voir.

Ajoutons, toutefois, que l'éminent jurisconsulte ne s'exprime pas en termes absolus; il y a même, nous semble-t-il, quelque doute dans sa pensée, dont nous croyons pouvoir exposer les traits principaux de la manière suivante : « Tout dépend des motifs pour lesquels la loi accorde ce droit aux créanciers du défunt. Or, ces mo-

tifs, quelle que soit l'explication qu'on adopte, sont personnels en ce sens qu'ils sont fondés sur le lien que l'obligation crée entre le créancier et le débiteur..... Si l'on admet, comme je viens de le dire, que le fondement de la séparation des patrimoines est dans le principe des articles 2092 et 2093, le statut sera également personnel, puisqu'il procède toujours d'un lien d'obligation; mais, dans cette théorie, il a son point de départ dans les obligations contractées par le défunt; c'est donc le statut personnel du défunt qui réglera la séparation des patrimoines.

« En tout cas, la séparation n'a rien de réel : les obligations contractées par l'héritier et par le défunt sont étrangères à la situation des biens..... J'en ai déjà fait la remarque, et cela est élémentaire; les obligations engendrent un lien personnel, ce lien est indépendant des biens, il existe, alors même que le débiteur n'aurait pas de biens, ce qui arrive quand son passif dépasse son actif[1]. »

L'on est tenté de se demander si l'auteur ne perd pas trop de vue les articles 2092 et 2093, qu'il vient de citer. Ces articles ne disent-ils pas que celui qui s'oblige, oblige ses biens? n'est-ce pas sur les biens que s'exerce la séparation des patrimoines? Devrait-on faire rentrer dans le statut personnel toutes les mesures d'exécution ayant leur première origine dans une dette personnelle ?

M. Laurent réfute cet argument en disant que le droit

[1] *Droit civil international*, t. VII, p. 86 et p. 882, quant aux immeubles, et à l'article 2111 du Code civil.

de gage résultant de ces articles n'est pas un droit réel ; il reconnaît, toutefois, qu'il y a des réserves à faire au sujet de l'inscription réclamée par l'article 2111 du Code civil, sur lequel il reviendra plus tard. Il termine en disant : « Pour le moment, je me borne à constater qu'il n'y a rien d'absolu dans la doctrine des statuts ; on ne peut pas dire, avec la Cour de cassation, que tout est réel en matière de succession, ni avec les partisans de la personnalité, que tout y est personnel..... Telle est la séparation des patrimoines. Le droit des créanciers est personnel, et dépend de leur statut personnel ; mais dans l'application du principe, et pour l'exercice de leurs droits sur les immeubles, ils doivent remplir les formalités prescrites par la loi territoriale ; en ce point ils sont tenus de se conformer à la loi du territoire, parce qu'elle est d'intérêt social. »

C'est le statut personnel des créanciers que l'auteur paraît adopter, en définitive, comme principe prédominant. Nous ne savons pas, avec certitude, s'il entend s'occuper ici de droit positif ou de théorie purement spéculative. Nous ne pouvons que le répéter : prises dans l'un ou l'autre des deux sens, ses idées ne nous paraissent pas justifiées. L'auteur a raison de douter que cette doctrine soit admise par les Cours de France. S'il s'agit de spéculation théorique, nous avons bien de la peine à nous représenter une séparation des patrimoines poursuivie sur des biens situés en France et régie par autant de lois qu'il y aura de créanciers de nationalités différentes. Nous plaignons le juge qui, sous un tel système,

serait chargé de dresser le tableau de répartition. Nous le disons, au risque de nous répéter : La théorie spéculative de M. Laurent peut séduire, par sa grande simplicité, mais il ne fait pas à l'élément territorial la part qui lui revient légitimement. Il faut, dans tous les cas, avoir le soin de la distinguer du droit positif.

S'il fallait absolument prendre un statut personnel pour base, nous préférerions, infiniment, nous arrêter à celui du défunt, comme l'auteur paraissait disposé à le faire. Il y aurait là, tout au moins, un principe d'unité reposant sur l'idée que les Romains se formaient du droit de succession. C'est un système qu'il faudrait étudier avec soin, s'il s'agissait de faire de la théorie purement spéculative ; mais c'est de droit positif français que nous nous occupons. L'idée que M. Laurent paraît adopter en définitive, serait la cause d'une grande diversité. Elle ne semble pas suffisamment justifiée et tend à éloigner des principes d'ordre et d'unité que notre doctrine s'efforce généralement de suivre.

136. — Le partage est un fait juridique d'une nature assez complexe ; les éléments doivent en être soumis à une soigneuse analyse.

Il a pour but de transformer en droits concrets et individuels, les droits abstraits et communs résultant de la succession : chaque héritier reçoit certains biens lui appartenant en propre, contre sa quote-part à l'ensemble des valeurs délaissées par le défunt.

La matière sur laquelle le partage doit opérer lui est fournie par la succession ; faudra-t-il en conclure qu'il

devra opérer et agir sous la compétence de la loi réglementant celle-ci ?

Cette question doit être étudiée dans une double hypothèse résultant de ce qu'on agit amiablement ou judiciairement (Code civil, articles 838 à 840).

Dans le premier cas, il y a contrat soumis aux règles propres à ce genre d'actes. C'est au statut personnel qu'il faudra recourir au sujet des incapacités rentrant, en général, dans sa compétence. D'autres lois devront être consultées et suivies, en ce qui se rapporte aux incapacités, pouvant surgir des choses plus que des personnes, en ce qui tient à la dot ou aux biens grevés de substitution, par exemple. Les conditions internes de validité, le sens et la portée de l'acte semblent devoir rentrer sous la loi qui est compétente à cet égard, en matière de contrats, et sur laquelle nous aurons à revenir plus tard. Les formes extérieures de l'acte semblent également rester, en principe, sous l'empire de la vieille règle *Locus regit actum*.

De graves questions s'élèvent, cependant, au sujet de dispositions insérées dans le Code comme spécialement applicables au partage, dans les articles 883 et suivants. Ces dispositions sont-elles une dépendance de la loi régulatrice de la succession héréditaire, de telle sorte qu'il ne faudrait en faire l'application qu'aux biens soumis à la compétence de cette loi ; faut-il y voir des règles appelées à régir, indistinctement, tous les actes intervenus sur le territoire, quelle que soit la loi compétente au sujet de la succession ; ne devrait-on pas les considérer

comme réglementant, d'une manière générale, le régime des biens en France?

La réponse ne doit pas nécessairement être la même pour toutes ces dispositions indistinctement : il faut étudier chacune d'elles individuellement.

L'article 883 s'exprime de la manière suivante: « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Nous laissons de côté l'élément fiscal qui s'est mêlé à cette règle, nous ne devons nous occuper que de l'influence directe de celle-ci sur le droit. Considérée sous cet aspect, la règle nous semble se rapporter au régime des biens et revêtir, de la sorte, un caractère essentiellement territorial, quelles que soient, d'ailleurs, les solutions adoptées quant aux difficultés d'interprétation qu'il a soulevées. Bien que ces solutions ne soient pas sans importance pour la question qui nous préoccupe dans ce moment, il ne peut s'agir que de degrés dans la justification plus ou moins assurée du système.

La grande importance de cette disposition, non seulement pour la sécurité des cohéritiers, mais encore pour celle des tiers, semble la rattacher à la loi régulatrice du régime des biens sur le territoire. Les §§ 1 et 2 de l'article 3 du Code civil paraissent lui être applicables. Il y aurait là, croyons-nous, une disposition d'ordre public international, en supposant même qu'on dût admettre la possibilité d'écarter l'effet rétroactif du partage par une

stipulation contraire émanant de la volonté individuelle, supposition qui peut sembler exclue par le texte et le contexte de l'article 883 rapprochés de l'article 1352.

Les articles 884 et suivants, traitant de la garantie des lots, n'intéressent que les cohéritiers et leur accordent une plus grande liberté de stipulations dérogatoires.

Il semble qu'on doive se préoccuper, avant tout, de rechercher quelle a été la volonté des parties, dans les limites assignées à son influence ; c'est un sujet que nous aborderons sous la rubrique *Des contrats*. Nous n'en avons pas moins devant nous, des règles qu'il faudra suivre toutes les fois qu'elles n'auront pas été écartées par une manifestation de la volonté individuelle. De telles règles ne sont pas sans importance : il faut rechercher quelle en est la véritable compétence. En quelle qualité la loi française s'exprime-t-elle comme elle le fait dans les articles dont il s'agit; entend-elle régir indistinctement les actes de partage intervenus sur son territoire, quelle que soit la loi régulatrice de la succession; doit-elle, au contraire, s'appliquer seulement aux biens qui font partie d'une hérédité rentrant dans sa compétence ?

Nous croyons que c'est à cette dernière solution qu'il faut s'arrêter de préférence : ces dispositions doivent être considérées comme faisant partie de la loi qui paraît le plus naturellement appelée à les émettre. Or, elles semblent n'avoir pas d'autre portée que de garantir la stricte observation des droits résultant de la succession; c'est là qu'il faut en chercher l'intérêt véritable.

Des considérations analogues peuvent être invoquées au sujet des articles 887 et suivants, traitant de la rescision en matière de partage. Quelques doutes peuvent, cependant, s'élever au sujet des articles 891 et 892 qui intéressent la sécurité des tiers et le régime des biens sur le territoire. On peut les considérer, soit comme adoucissements apportés aux règles qui précèdent, soit comme dispositions indépendantes, ayant en elles-mêmes leur raison d'être; nous croyons qu'ils doivent être appliqués, suivant les circonstances, dans l'une ou l'autre de ces deux acceptions.

137. — La loi du 14 juillet 1819, relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction, est ainsi conçue :

« Art. 1er. Les articles 726 et 912 du Code civil sont abrogés : en conséquence, les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir, de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du royaume.

« Art. 2. Dans le cas de partage d'une même succession entre cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront, sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. »

Le premier de ces articles doit être interprété dans ce sens, que les étrangers auront, sur les valeurs situées en France, les mêmes droits que les Français, en ce qui tient aux règles générales dépendant du statut réel. Les différences pouvant provenir du statut personnel des étrangers, doivent, croyons-nous, être considérées comme

tacitement réservées aux termes du § 3 de l'art. 3 du Code civil. Nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous avons déjà dit au sujet de la combinaison des deux statuts réel et personnel, en matière de succession héréditaire.

Le second article provoque de nombreuses observations, au double point de vue de l'appréciation purement spéculative qu'on en doit faire et des questions d'interprétation qui s'y rapportent.

Cette disposition prévoit une seule succession qui se trouve régie par des lois différentes, parce qu'elle comprend des valeurs situées en pays différents dont les lois ne sont pas les mêmes. L'élément d'unité prévu dans cette hypothèse, provient de ce que les biens dont il s'agit ont été délaissés par une seule et même personne. La difficulté qu'on a voulu résoudre naît de ce que le droit français admet, en matière de succession héréditaire, le principe d'unité pour le droit interne (Code civil, article 732), et le principe de diversité pour le droit international (Code civil, article 3, § 2 du même Code). Ce fait, que nous avons déjà signalé, doit être rappelé, parce qu'il fournit l'explication la plus vraie de la règle dont il s'agit.

La stricte application des principes adoptés devait conduire à reconnaître et à respecter la compétence respective des lois appelées à régir les valeurs diverses réunies dans la succession d'une seule et même personne. Il convient de constater que la règle adoptée, loin de consacrer, comme on l'a dit, un principe d'égalité, doit

être considérée comme une loi de privilège et d'exception, tendant à prolonger l'autorité du droit français hors des limites de sa compétence. L'abolition des droits d'aubaine et de détraction est résultée, moins de la reconnaissance pure et simple d'un droit, que d'un calcul d'intérêt profondément empreint d'égoïsme international. Cette disposition semble destinée à disparaître, comme contraire aux idées qui sont de plus en plus généralement admises.

Nous nous sommes précédemment efforcé de faire ressortir les grands désordres qui ne manqueraient pas de se produire, si la règle dont il s'agit était généralement adoptée, ou si seulement les pays étrangers auxquels on en fait l'application voulaient user de représailles et se procurer des compensations, soit quant aux différences existant originairement entre les deux lois, soit quant à celles qui résulteraient des soi-disant indemnités prises par la France. Ne serait-ce pas là un état de lutte qui devrait nécessairement aboutir à des résultats aléatoires, suivant les plus ou moins grandes facilités que chacune des deux catégories d'héritiers aurait de se garnir les mains. Nous avons, en même temps, réfuté le panégyrique de cette disposition que notre ancien compatriote, M. Rossi, a publié dans l'*Encyclopédie du droit*, de MM. Sebire et Carteret, aux mots *Droit d'aubaine*[1].

[1] Voir le *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869*, que nous avons publié à Genève, année 1879.

L'hypothèse prévue par l'article 2 de la loi de 1819 peut se réaliser en des circonstances diverses :

1° Un Français, mort domicilié en France, laisse des immeubles situés en un pays étranger, dont la loi consacre une règle analogue à celle du § 2 de l'art. 3 du Code civil ; la succession doit être régie par la loi française, quant aux valeurs mobilières, et par la loi de la situation, quant aux immeubles qu'il possédait à l'étranger. La succession se divisera, de la sorte, en deux parties, dans chacune desquelles pourront figurer des héritiers français et des héritiers étrangers.

2° Si un étranger, ou même un Français, meurt domicilié à l'étranger et laisse des immeubles en France, l'on verra se produire une position qui ne sera pas sans analogie.

Il y aura, cependant, cette différence qui peut ne pas être sans importance : la succession mobilière qui, par la nature des choses, semble se rattacher plus directement à la personne, se sera ouverte, dans le premier cas en France, et dans le second cas à l'étranger. Cette circonstance doit-elle avoir quelque importance pour l'interprétation et pour l'application de notre article ?

M. Bertauld, récemment décédé dans l'une des plus hautes positions de la magistrature française, l'a prétendu, ce qui le conduisait à faire de l'article 2, que nous étudions, une disposition remarquablement logique et rationnelle. Il faut, malheureusement, ajouter que cette interprétation repose sur les idées spéculatives de l'auteur, beaucoup plus que sur le texte et sur la tradition qui en est la source.

Adoptant, en théorie pure, les principes d'unité et de personnalité du droit de succession héréditaire, et croyant retrouver ces idées dans le texte du Code, dont l'article 3, § 2, n'a pas, suivant lui, le sens absolu qu'on lui donne généralement, M. Bertauld a pu faire l'éloge suivant de la disposition qui nous occupe : « La loi du 14 juillet 1819, écrivait-il, appliquée aux successions des Français qui laissent des biens en France et à l'étranger, est empreinte d'un remarquable caractère de raison et de justice ; elle craint que la dévolution de biens étrangers ne lui soit dérobée par la jalousie de quelques statuts territoriaux, dont les successibles français seraient victimes ; elle vient à leur secours et essaie de leur assurer une réparation ; elle ne fait pas échec au principe de l'unité de l'hérédité et à la personnalité de la loi qui la règle ; elle fait effort pour maintenir, et maintient, dans les limites de la souveraineté française, les deux principes : 1° Que l'hérédité est une ; 2° que l'hérédité est régie par la loi du domicile du défunt.

« Appliquée à une succession ouverte à l'étranger, la loi du 14 juillet 1819 peut, au premier aspect, comporter plus d'objections et paraître contraire à notre solution. Toutefois, je ne crois pas que, même avec cette application, elle condamne notre système. »

L'auteur cherche à justifier cette seconde thèse en alléguant son système de personnalité du droit de succession héréditaire ; il ajoute que la règle dont il s'agit, n'implique pas que la loi française ait la prétention de

régir les biens situés en France, lorsqu'ils dépendent de la succession d'un défunt étranger [1].

En prenant cette disposition dans le sens général qui semble résulter du texte rapproché de l'article 3 précité, l'on ne voit pas moins s'élever quelques difficultés de détail qui ne sont pas sans importance.

L'article 2 ne se préoccupe expressément que du concours de Français et d'étrangers. Il est, toutefois, certain que l'infériorité de droit qu'on s'est proposé de réparer par une compensation, peut se produire entre Français. Cela doit arriver, si la loi étrangère admet un droit d'aînesse ou de masculinité, ou même toute autre distribution différente de celle qui est consacrée par le droit français : la compensation prévue devra-t-elle se réaliser, dans ce cas?

De puissantes considérations d'analogie peuvent, bien certainement, être invoquées dans le sens d'une solution affirmative; mais il s'agit d'une disposition exceptionnelle, ce qui provoque le doute. La Cour de cassation se prononce dans le sens de l'extension. Elle fait appel au principe supérieur de l'égalité du partage. Voici, d'ailleurs, comment elle formule son argumentation qui, nous devons l'avouer, ne nous a pas complètement convaincu:

« Attendu que l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 dispose que, dans le cas de partage d'une même succes-

[1] Voir *Questions pratiques*, p. 76 et suivantes. Ce système a été réfuté par M. Laurent, *Droit civil international*, t. VI, nº 294.

sion entre des cohéritiers étrangers et Français, ceux-ci prélèveront, sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que cela soit, en vertu des lois et coutumes locales; Attendu que cette disposition est générale et absolue; Que surtout elle ne comporte pas, avec la diversité des solutions qui lui est propre, la distinction proposée par l'arrêt attaqué, entre le cas où les héritiers français concourent avec les héritiers étrangers et celui où il n'existe que des héritiers français concourant entre eux; Qu'il en résulterait, en effet, que tandis que, par dérogation au droit commun et uniquement pour favoriser l'héritier français, l'héritier étranger serait privé du bénéfice de la loi qui régit, dans son pays, la transmission des biens, il arriverait, d'un autre côté, que cette même loi couvrirait, au contraire, de son immunité, en lui en assurant tous les avantages, l'héritier français contre son propre cohéritier français, ce qui n'irait à rien moins qu'à la négation directe, entre eux, et à l'occasion d'une succession française, du principe même de *l'égalité des partages;* Mais, attendu qu'il est, au contraire, vrai de dire que la loi précitée, loin de déroger à ce principe, n'en peut être considérée que comme une application nouvelle et extensive; Que, de plus, il est vrai de dire encore à un point de vue plus général, que le principe de l'égalité des partages tient de si près et si essentiellement à l'ordre public, que, dans aucun cas et sous aucun prétexte, il ne peut être atteint, en France, par les dispositions contraires, quelles qu'elles

soient, qui tendraient à en suspendre ou à en modifier les effets.[1] »

Les considérations théoriques ne l'emportent-elles pas, ici, sur les arguments vraiment juridiques? Les restrictions exceptionnelles apportées aux droits des étrangers n'avaient-elles pas, dans la loi de 1819, un correspectif consistant en ce que les étrangers étaient rendus participants à des droits qui leur avaient été refusés?

Nous ne croyons pas qu'il s'agisse, dans la loi de 1819, de ce qu'on appelle, généralement, égalité de partage. On entend, par ces mots, le principe en vertu duquel chaque cohéritier doit recevoir, en valeurs concrètes, l'équivalent de la quote-parte à laquelle il avait droit sur l'ensemble de la succession (argument des articles 883 et 887 du Code civil). Ce principe se confond avec celui de la conservation et du respect des droits acquis.

Il ne s'y agit pas uniquement de ce qu'on appelle communément égalité de succession. Ces mots désignent, le plus souvent, l'absence de droits d'aînesse et de masculinité. L'égalité réclamée dans l'article 2 de la loi précitée consiste en ce que le Français doit recevoir, dans la succession ouverte à l'étranger, tout autant que dans celle qui est régie par le droit français; c'est bien là ce qui résulte du texte et, spécialement, de ces mots *à quelque titre que ce soit*. Il paraît bien difficile, en présence d'une telle disposition, de faire appel à des prin-

[1] Voir l'arrêt Jeannin, du 27 avril 1868; Dalloz, 1868, I, p. 302, et les références. Les auteurs sont divisés.

cipes d'ordre public international. Nous ne croyons pas même qu'on pût le faire au sujet des droits d'aînesse et de masculinité. Ce sont là des questions sur lesquelles on peut différer d'avis sans s'accuser réciproquement d'hérésie ou d'immoralité.

Malgré les termes généraux de la loi, qui traitent vaguement de prélèvements à faire sur les biens situés en France, il semble conforme à la nature des choses et à l'esprit de la loi, d'opérer ces prélèvements sur la part de ceux des héritiers étrangers qui reçoivent dans leurs pays plus que la loi française ne leur aurait accordé. L'on cite, dans ce sens, deux arrêts de la Cour de cassation. Ces arrêts déclarent aussi que, dans les limites indiquées, ces prélèvements doivent se faire sur les meubles comme sur les immeubles, ce qui paraît être l'avis général[1]. Il semble, toutefois, qu'on doive agir différemment suivant que ces valeurs mobilières font partie de la succession française ou de la succession étrangère. Nous croyons que, dans tous les cas, la disposition qui nous occupe est difficile à concilier avec les principes généraux en matière de compétence internationale. Cette infraction faite aux principes se comprend cependant plus facilement quand il s'agit d'opérer des prélèvements sur des biens dont la transmission héréditaire doit être régie par la loi française, que si l'on entendait les exercer sur des biens soumis au droit étranger.

[1] Voir les arrêts Damé et Ashton, du 22 mai 1879 ; Dalloz, 1879, I, 350.

Dans le premier cas, il existe sur ces biens un principe de compétence française, principe dont il est fait, suivant nous, un mauvais usage, puisqu'il s'agit d'entraver le développement normal d'une compétence étrangère.

Dans le second cas, ce rudiment de compétence fait défaut : la compensation s'opère sur des biens qui sont, en fait, au pouvoir de la souveraineté locale, mais dont la transmission héréditaire ne rentre pas dans ses attributions.

Le texte semble, il est vrai, ne pas faire cette distinction ; mais les principes la suggèrent, ce qui a une grande importance, chaque loi devant être censée se renfermer dans les limites de sa compétence. Ne faut-il pas, d'ailleurs, tenir compte de ce que le patrimoine mobilier est considéré comme fictivement situé au dernier domicile du défunt ? Cette fiction n'est-elle pas la base de la compétence en telle matière ? Ces valeurs ne doivent-elles pas être considérées comme situées fictivement à l'étranger, bien qu'elles se trouvent matériellement en France ?

138. — L'article 5 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 émet un certain nombre de règles à suivre pour la liquidation et le partage de la succession d'un Français mort en Suisse et d'un Suisse mort en France ; nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous avons dit à ce sujet dans le commentaire que nous avons publié sur ce traité en 1879. Le terme stipulé pour la durée de cet acte est expiré depuis 1879 ; il se renouvelle d'année en année à défaut d'une dénonciation contraire. Nous n'avons pas

appris qu'on s'occupât d'un renouvellement pour une plus longue durée. Il y a lieu de penser que cet état provisoire se prolongera plus ou moins longtemps.

Le droit intercantonal suisse ne rentre pas dans notre sujet; il traverse, d'ailleurs, un état de crise dont il serait difficile de prévoir l'issue.

CORRECTIONS ET ADDITION.

Page 11, les indications portées en tête de cette section ne sont pas complètement exactes; elles ont été rectifiées dans la Table des matières.

Page 219, *au lieu de* : sénatus-consulte organique du 19 février 1880, *lisez* : sénatus-consulte organique du 19 février 1808.

Les dernières pages de ce volume s'imprimaient quand nous avons reçu le traité de M. Léon Duguit sur *les Conflits de législations relatifs à la forme des actes civils.* Nous le prendrons en considération dans notre deuxième volume.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

PRÉFACE 1

1. Origine de cette publication. — 2. Problème à résoudre. — 3. Aspects divers du sujet, doctrine spéculative et droit positif. — 4. Méthodes réclamées par les circonstances actuelles. — 5. Plan de ce traité. — 6. Utilité recherchée.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT CIVIL ET DROIT COMMERCIAL CONSIDÉRÉS QUANT AU FOND

INTRODUCTION GÉNÉRALE

SECTION I. — *Bases purement spéculatives du droit international privé* 11

7. Convenance d'aborder ce sujet. — 8. Problème à résoudre. — 9. Motifs de décisions et moyens d'agir. — 10. Place occupée dans le système. — 11. Ordre public. — 12. Résumé.

SECTION II. — *Notice historique*. 26

13. Nécessité d'une telle notice. — 14. Division du sujet.

Chapitre Ier. — Droit romain 27

15. L'antiquité, sauf le droit romain, présente peu d'importance pour notre doctrine. — 16. Division des habitants libres en trois classes. — 17. Droit civil et droit des gens. — 18. Domicile et bourgeoisie. — 19. Influence indirecte.

Pages

Chapitre II. — Invasion et Régime de droit personnel 33

20. Dissémination et mélange de l'élément germanique et de l'élément romain. — 21. L'influence indirecte d'un tel régime.

Chapitre III. — Régime féodal et vieille doctrine des statuts 36

22. Dépression de la royauté barbare. — 23. Origines de la féodalité. — 24. Municipalités du moyen âge. — 25. Caractères généraux de l'époque. — 26. Origines du droit international privé. — 27. Des trois anciens statuts en général.— 28. Statut personnel. — 29. Statut réel. — 30. Faits juridiques et statut mixte.— 31. Principe de l'ancienne doctrine. — 32. Conflits et combinaisons possibles entre les anciens statuts. — 33. Conclusions à tirer de ce qui précède.

Chapitre IV. — Coup d'œil sur les établissements extra-continentaux de la France 68

34. Introduction et division du sujet.— 35. Algérie.— 36. Indes orientales. — 37. Cochinchine. — 38. Consulats, capitulations, traités d'établissement ou de protection. — 39. Echelles du Levant et de la Barbarie. — 40. Organisation judiciaire et tribunaux mixtes en Egypte.

SECTION III. — *Considérations générales sur le Code civil et sur les bases qu'il a posées en matière de droit international privé* 93

41. Code civil et phases par lesquelles a passé la rédaction de l'art. 3. — 42. Limites et rapports respectifs du statut réel et du statut personnel. — 43. Base juridique du statut personnel. — 44. Ordre public international, suivant le Code. — 45. Conclusions sur l'article 3. — 46. Lacunes principales des textes. Enonciations générales à ce sujet. — 47. Compétence des lois étrangères et principe de réciprocité. — 48. Compétence en matière de meubles. Dans quel sens l'ancienne tradition s'est conservée. — 49. Des faits juridiques, des formalités extérieures, des preuves et de la vieille règle *Locus regit actum.* — 50. Nombre et modalité des statuts admis par le Code civil. — 51. Sanction donnée à la compétence internationale. Pourvoi en cassation.

LIVRE I.

DES PERSONNES.

TITRE I.

Des personnes prises individuellement comme êtres capables de droit.

Pages

Chapitre Ier. — Des personnes physiques ou naturelles considérées dans les traits caractéristiques de leur nature 157

52. Jouissance et exercice des droits civils en général. — 53. Importance de la nationalité. — 54. Article 11 du Code civil. — 55. Article 13 du même Code. — 56. Influence de la pénalité sur la personne. — 57. Entrée dans les ordres religieux.

Chapitre II. — Des personnes morales 175

58. Questions à résoudre. — 59. Des personnes morales reconnues en droit français. — 60. Conditions imposées à leur existence. — 61. De leur vie internationale, en général. — 62. Personnes morales françaises agissant à l'étranger. — 63. Personnes morales étrangères agissant en France.

Chapitre III. — Nationalité française. 202

64. Nature de ce sujet. — 65. Nationalité d'origine. — 66. Acquisition de la nationalité. — 67. Perte de la nationalité. — 68. Recouvrement de la nationalité. — 69. Effets des changements de nationalité. — 70. Absence de patrie ou patries multiples.

Chapitre IV. — Des actes de l'état civil 241

71. Considérations générales. — 72. Droit interne, extensions dont il est susceptible. — 73. Actes intervenus à l'étranger. — 74. Application internationale de l'article 46 du Code civil. — 75. Rectifications (articles 99 et suivants du même Code).

Chapitre V. — Du domicile 247

76. Le domicile dans ses rapports avec la nationalité et la bourgeoisie ou commune d'origine. — 77. Le domicile sous l'ancien droit et sous l'empire du Code civil. — 78. Domicile du Français. — 79. Domicile de l'étranger. — 80. Domicile et résidence. — 81. Domicile élu. — 82. Réserves générales.

Pages

Chapitre VI. — De l'absence 260

83. Introduction. — 84. Non-présence. — 85. Absence présumée. — 86. Déclaration d'absence et conséquences qui en résultent.

TITRE II.

De la famille.

Chapitre Ier. — Du mariage considéré comme base de l'état civil 275

87. Nature de cet acte et place qu'il occupe dans la doctrine. — 88. Célébration sur le territoire. — 89. Célébration en pays étrangers. — 90. Preuve du mariage. — 91. Demandes en nullité. — 92. Effets produits entre époux et dette alimentaire. — 93. Mariages putatifs. — 94. Epoux de nationalités différentes.

Chapitre II. — Divorce et séparation de corps . . . 303

95. Introduction. — 96. Considérations générales sur la nature de ces institutions et sur la compétence internationale qui s'y rapporte. — 97. Réserves diverses.

Chapitre III. — De la filiation et de l'adoption . . . 306

98. Filiation légitime. — 99. Légitimation par mariage subséquent. — 100. Reconnaissance d'enfants naturels. — 101. Adoption.

Chapitre IV. — De l'autorité paternelle et de l'usufruit légal 335

102. Principes de la puissance et de l'autorité paternelles. — 103. Administration légale, bases posées par l'article 389 du Code civil et renvoi. — 104. Usufruit légal comparé à l'hypothèque légale. — 105. Droit de correction.

Chapitre V. — De la minorité, de la tutelle, de l'administration légale et de l'émancipation 346

106. Majorité et minorité. — 107. Nature mixte des institutions destinées à protéger les mineurs. Lutte entre les deux éléments. — 108. Diversité nationale au foyer domestique. — 109. Emancipation. — 110. Conflits possibles entre statuts divers.

Pages

Chapitre VI. — De l'interdiction, de la nomination d'un conseil judiciaire et des maisons d'aliénés . . 364

111. Interdiction civile ou pénale. — 112. Conseil judiciaire. — 113. Placement dans une maison d'aliénés.

LIVRE II.

DES BIENS OU DROITS DE FORTUNE.

Introduction. 370

114. Distribution du sujet et renvois.

Chapitre Ier. — Compétence se rapportant aux choses 374

115. Observations générales. — 116. Immeubles. Conflits possibles en ce qui les concerne. — 117. Meubles. — 118. Hypothèques constituées sur des navires.

Chapitre II. — Des droits réels qui s'exercent comme droits principaux, et de la compétence internationale s'y rapportant. 386

119. Importance relative du territoire en cette matière. Réfutation d'une critique de M. Laurent. — 120. Propriété. — 121. Usufruit, usage et habitation. — 122. Servitudes. — 123. Observations communes aux divers droits mentionnés ci-dessus. — 124. Propriété littéraire, artistique, industrielle et commerciale.

LIVRE III.

DES FAITS JURIDIQUES SE RAPPORTANT AUX DROITS DE FORTUNE.

125. *Introduction* 408

Chapitre Ier. — De la succession héréditaire et légale 409

126. Nature générale de ce droit en France. — 127. Qualités requises pour succéder. — 128. Preuves ou présomptions de survie. — 129. Liberté d'accepter ou de refuser une succession. — 130. Formes, modalités et présomptions se rapportant à l'exercice de cette liberté. — 131. Moyen de recourir contre un acte

pages

consommé. — 132. Successions non ouvertes, vacantes ou bénéficiaires. — 133. Demande en partage et retrait successoral. — 134. Rapports et réserve légale. — 135. Paiement des dettes et séparation des patrimoines. — 136. Effets de l'acte de partage et rescision dont il est susceptible. — 137. Loi du 11 juillet 1819. — 138. Traité franco-suisse du 15 juin 1869.

Corrections et addition 453

EN VENTE CHEZ LES MÊMES LIBRAIRES

PRINCIPALES PUBLICATIONS

DU MÊME AUTEUR

Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois et spécialement du Code civil français. Petit in-8. 2 fr. 50.

Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves, en matière de succession héréditaire. Mémoire couronné en 1867 par l'Institut de France (Académie des sciences morales et politiques). 1868. 7 fr. 50.

K.-S. Zachariæ, sa vie et ses œuvres. Mémoire couronné en 1868 par l'Académie de législation de Toulouse (Extrait de la *Revue historique du Droit français et étranger*). 3 fr. 50.

Théorie du droit international privé, série d'articles publiés dans la *Revue de droit international de Gand,* années 1871 et suivantes. 3 fr. 50.

Etude sur la lettre de change dans ses rapports avec le droit international privé (même Revue, année 1874). 1 fr. 50.

Etude sur les conflits de législations en matière de droit pénal (même Revue, année 1875). 1 fr. 50.

Nouveau traité de droit international privé, au double point de vue de la théorie et de la pratique. 1876 (épuisé).

Etude sur les principes foudamentaux du droit de punir et spécialement sur l'exposition qui en a été faite par M. Carrara, sénateur du royaume d'Italie (extraite de la *Revue de droit international de Gand*, année 1878). 1 fr. 50.

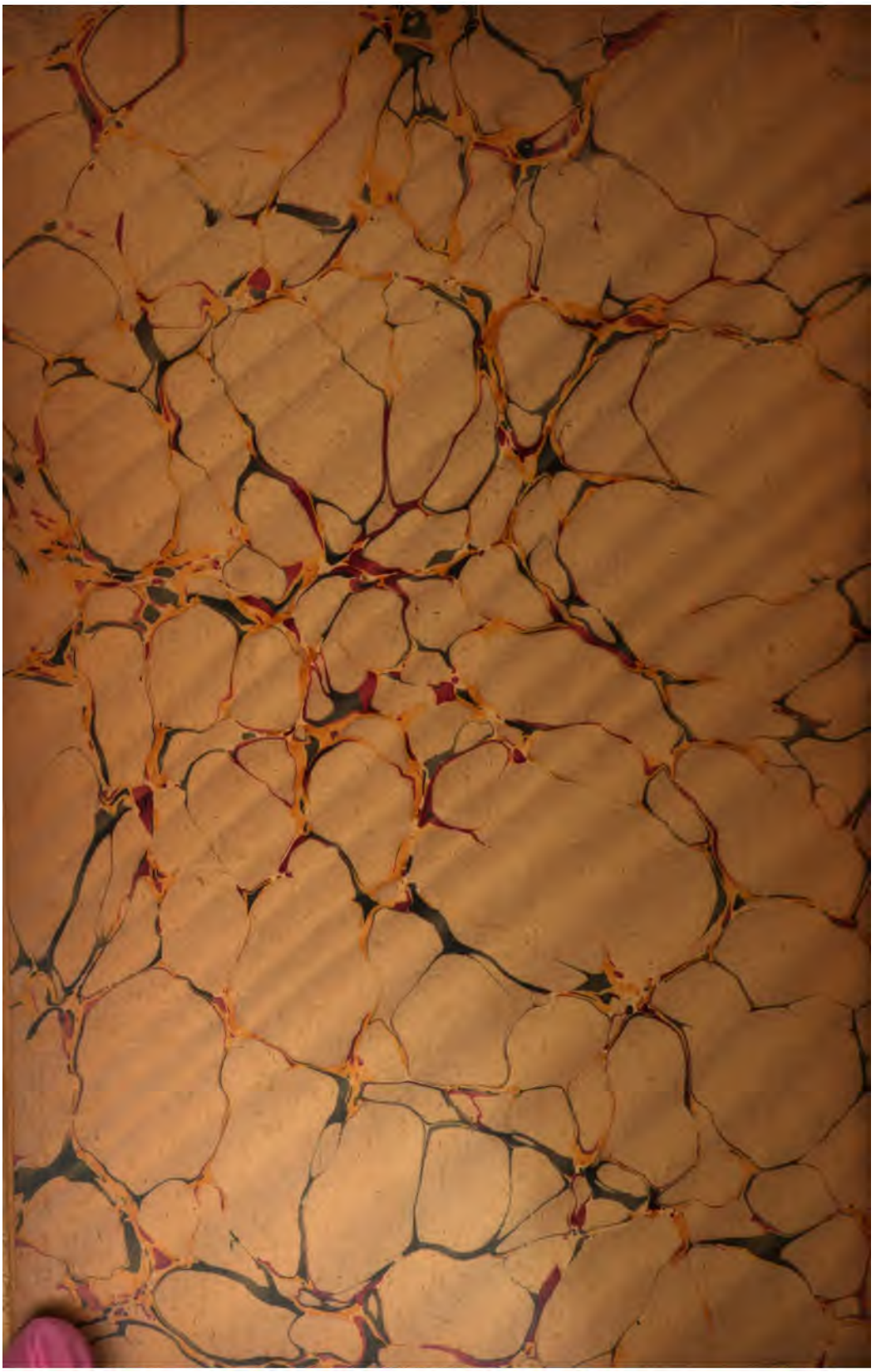
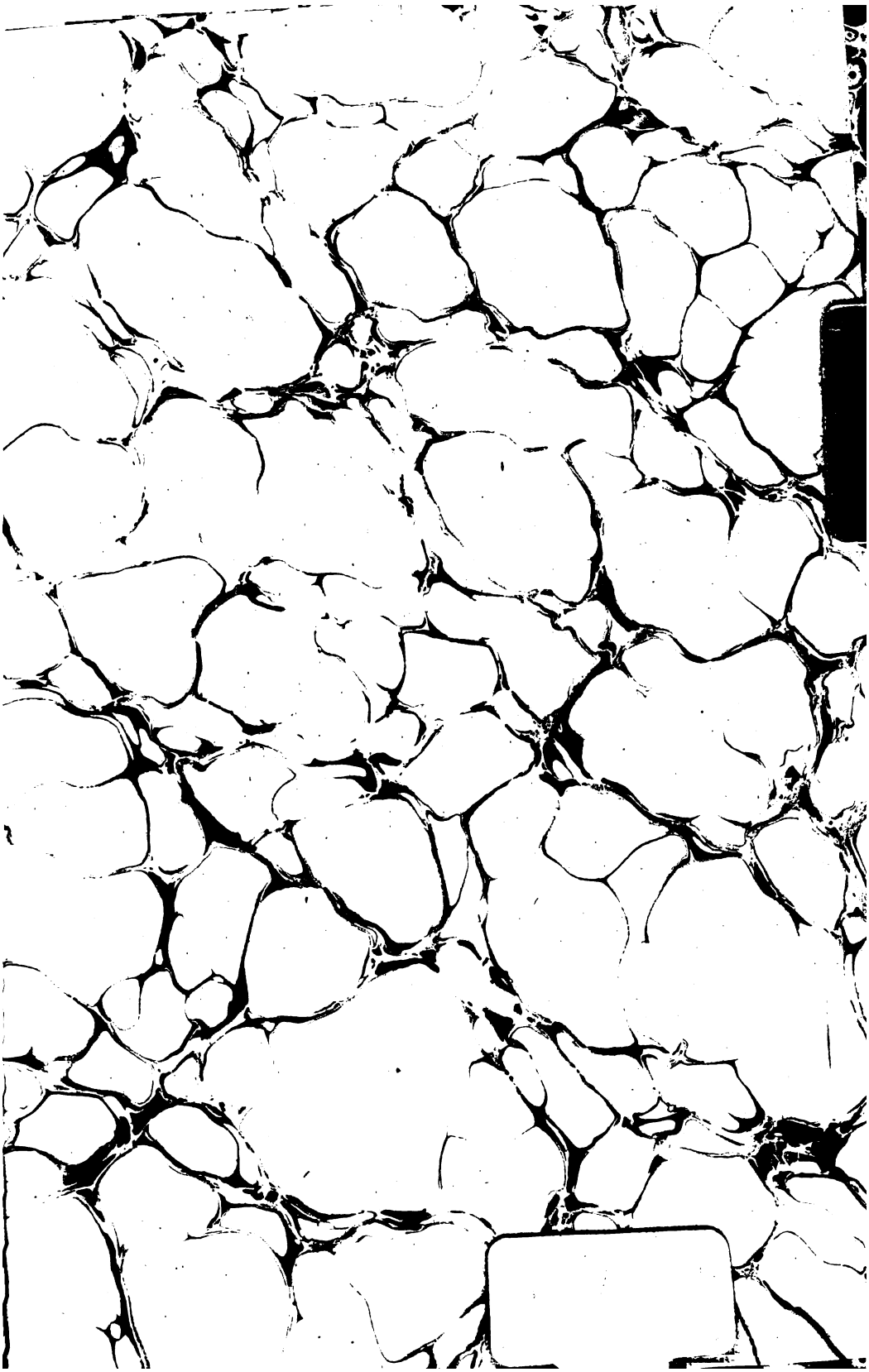
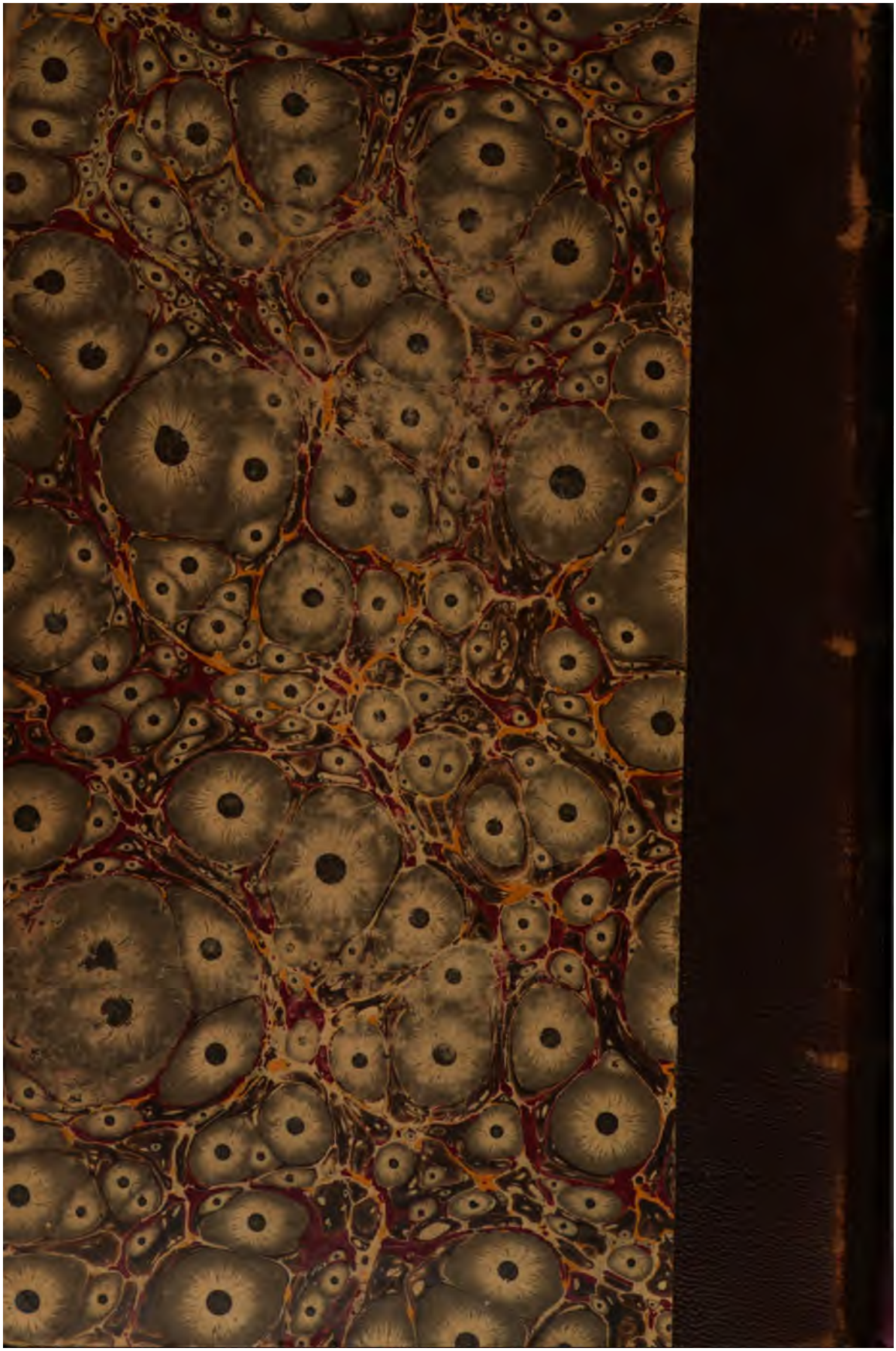
Etude sur l'influence légitime de la conscience morale en droit pénal (extraite de la *Revue générale de droit de Paris*, année 1878). 1 fr. 50.

Commentaire pratique et théorique du Traité franco-suisse, du 15 juin 1869, sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements (extrait de la *Semaine judiciaire* de Genève, année 1879). 3 fr.

Notice sur le projet de Code de commerce italien, spécialement sur le titre se rapportant à la lettre de change. 1 fr.

Rapport présenté à l'Institut international de Gand, session de 1878 (extrait de l'*Annuaire* dudit Institut, années 1879-1880). 1 fr. 50.

Le rapport présenté en 1879 par le même auteur, sur l'extradition, se trouve dans le même annuaire, mêmes années.

Etude sur le Traité de droit civil international de M. Laurent (extraite de la *Revue de droit international de Gand*, t. XIII, liv. VI). 2 fr.

Ex. J. M.